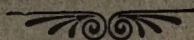
НИКОЛАЙ ТОЦКІЙ.

Кризисъ въ наукѣ государственнаго права.



НИКОЛАЙ ТОЦКІЙ.

Кризисъ въ наукѣ государственнаго права.



СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ
въ Юридическомъ книжномъ магазинѣ Н. К. МАРТЫНОВА.
СПБ., уголъ Садовой и Итальянской ул., № 5—10.
1914.

Типографія „ПРАВДА“, Спб., Разъѣзжая, 16—18.

Переживаемая нами эпоха характерна для юриспруденціи шатаніемъ ея общихъ основъ, крушеніемъ самыхъ сокровенныхъ и центральныхъ ея положеній. Въ теченіи послѣднихъ 15 лѣтъ ухо юриста свыклось съ терминомъ „кризисъ", къ которому прилагаются слова: правосознанія, политическихъ наукъ, юриспруденціи, государства, теоріи права и т. п.

Такое положеніе вещей представляется не только совершенно аномальнымъ съ научной точки зрѣнія, но и практически чрезвычайно опаснымъ, ибо вся дѣятельность юриста—догматика въ конечномъ итогѣ имѣетъ цѣлью—укрѣпленіе общественнаго мира, путемъ систематизаціи присущихъ каждому правообязанностей и точной, ясной и четкой ихъ формулировки.

Отсюда ясно, что осознаніе причинъ кризиса, въ частности, догматики государственнаго права и указаніе возможныхъ путей выхода изъ критическаго состоянія диктуется не только требованіями достиженія научной истины но и насущными жизненными потребностями. Вполнѣ сознавая это, я въ данной работѣ позволяю себѣ указать исключительно спеціальныя причины кризиса догматики государственнаго права. Но такъ какъ точное установленіе причинъ является

уже наполовину разрѣшеніемъ проблемы, то въ послѣдней главѣ я сдѣлалъ попытку намѣтить въ краткихъ чертахъ вѣхи положительной работы. Однако для достиженія подобныхъ результатовъ мнѣ необходимо было установить зависимость догмы отъ соціально-психической среды и генезисъ современнаго юридическаго ученія о государствѣ, что мною по мѣрѣ возможности выполненно въ схематическихъ чертахъ въ I-ой главѣ этого очерка.

Цѣль и осуществленіе ея—различны. Къ сожалѣнію, нѣкоторыя обстоятельства помѣшали мнѣ выполнить свою задачу такъ, какъ этого бы хотѣлось. Буду надѣяться, что полная неразработанность трактуемыхъ проблемъ—если не эти обстоятельства—послужитъ мнѣ нѣкоторымъ оправданіемъ.

Въ заключеніе не могу не выразить своей искренней признательности проф. Л. І. Петражицкому, безъ любезнаго содѣйствія котораго эта брошюра не могла бы появиться въ свѣтъ.

Н. Т.

Спб., мартъ 1914 г.

ГЛАВА I.

Знакомясь въ исторической перспективѣ съ догматикой государственнаго права, невольно останавливаешься предъ однимъ страннымъ, на первый взглядъ, явленіемъ: въ то время, какъ догматика частнаго права имѣетъ почтенную древность и блестящія эпохи своего развитія,—государственное право только въ новые вѣка подвергается юридической разработкѣ (по крайней мѣрѣ для Европейскаго континента) или, какъ говорили камеральные юристы Священной Имперіи Германскаго народа, только въ новые вѣка къ нему примѣненъ punctum juris [1]).

Это явленіе не остается безъ вниманія уже первыхъ догматиковъ государственнаго права Германской Имперіи. Такъ, I. Krause въ 1797 году отмѣчаетъ, что позже всего государственное право входитъ въ

[1]) Ѳ. В. Тарановскій. Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Варшава, 1904 г. стр. 104: „Благодаря изслѣдованіямъ по исторіи науки государственнаго права, еще въ XVIII вѣкѣ приходили къ выводу, что позже всего научная юридическая мысль обращается къ изученію государственныхъ отношеній". Авторъ считаетъ первымъ писателемъ Daniel'a Otto, 1617 г. А. Стояновъ. Методы разработки положительнаго права на западѣ, Харьковъ, 1862 г. стр. 123, считаетъ первымъ Ulrich'a Huber'a, умершаго въ 1682 г.; Гессенъ В. въ цит. ниже статьѣ считаетъ таковымъ Dominic. Arumaeus'a, читавшаго лекціи въ Іенскомъ университетѣ съ 1605 по 1636 г.; тѣ же приблизительно цифры дѣйствительны и для Франціи.

циклъ юридическихъ дисциплинъ. Онъ не ограничивается однимъ констатированіемъ факта, но и даетъ ему чрезвычайно мѣткое объясненіе. „Staatsrechtsgelehrsamkeit—говоритъ онъ—setzt Freyheit und Cultur zugleich voraus". Нашъ изслѣдователь исторіи догмы государственнаго права во Франціи и Германіи Ѳ. В. Тарановскій, приводя эту фразу, слѣдующимъ образомъ комментируетъ ее на основаніи контекста съ сочиненіемъ Краузе: „Когда государственная власть—говоритъ онъ—переходитъ отъ признанія частнаго права къ признанію своей юридической связанности въ сферѣ публичныхъ отношеній, только тогда послѣднія могутъ стать объектомъ юриспруденціи, т. е. такимъ матеріаломъ, надъ которымъ можно оперировать помощью юридическихъ категорій. Такая „свобода и культура" государственной жизни достигается двоякимъ путемъ: либо путемъ абстрактнаго признанія юридической связанности государственной власти по закону естественной справедливости, либо путемъ конкретнаго самоограниченія власти, допускающей въ публичныхъ отношеніяхъ (т. е. въ тѣхъ, гдѣ сама власть является одною изъ сторонъ) судебное разбирательство" [1]).

[1]) Юрид. мет., стр. 105—106. Исторически эта диллема недостаточна. Идеѣ связанности г. вл. естественнымъ правомъ или справедливостью предшествовала идея связанности ея божественнымъ правомъ. Уже во *Второзаконіи*, XVII, 15—20 мы находимъ ограниченіе госуд. власти заповѣдями Бога. То же мы находимъ и въ другомъ древнѣйшемъ памятникѣ законодательства „*Законникъ царя Хаммураби*"; „Это я—Хаммураби, царь, Бэломъ призванный, изливающій богатство и избытокъ, возвышенный царь *покорно смиряющійся предъ великими богами*"... Прологъ, л. 1, Харьковъ, 1907 г. Для новаго времени ученіе о связанности государя божеств. правомъ было выдвинуто іезуитомъ Маріанной и детально развито въ средѣ т. н. „Monarchomachen". Что ученіе это повліяло и на догматику госуд. права наглядно доказалъ самъ Ѳ. В. Тарановскій въ своей диссертаціи

Если вдуматься въ эту фразу и извлечь изъ нея всѣ логически вытекающіе выводы, то не трудно подойти не только къ самимъ жгучимъ вопросамъ современной юридической методологіи, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, и къ проблемѣ самаго права.

Въ самомъ дѣлѣ, если конкретныя дѣйствія и отношенія между людьми лишь тогда становятся объектомъ юриспруденціи, когда въ нихъ проникаетъ идея связанности, об—вязанности, т. е. когда оба участвующихъ субъекта взаимно сознаютъ и признаютъ притязанія и обязанности каждаго изъ нихъ, то не ясно ли отсюда, что въ этотъ моментъ конкретныя отношенія становятся правовыми, а психологическая связанность есть существенный признакъ ихъ [1]).

Но, признавъ первое положеніе, мы должны будемъ признать то, вытекающее изъ него, слѣдствіе, что политическія отношенія лишь тогда становятся отношеніями правовыми (тѣснѣе: публично - правовыми), когда они мыслятся участниками ихъ или тѣмъ лицомъ, которое пожелало бы ихъ систематизировать, проникнутыми идеей связанности, т. е. когда на каждаго

„Догматика положительнаго права во Франціи при старомъ порядкѣ“, Юрьевъ, 1911 г., гдѣ судебные парламенты, а въ особенности Парижскій, энергично отстаивали этотъ принципъ ограниченія и связанности г. вл. божественнымъ правомъ. О монархомахахъ см.: Ковалевскій М. „Отъ прямого народоправства къ представительному... т. II, Москва, 1906 г.; Трейманъ. Тираноборцы, С.П.Б. 1906 г. гл. IV, а также предисловіе М. А. Рейснера и его же статью въ „Журналѣ для Всѣхъ“ за 1906 г.; затѣмъ Бёмеръ. Іезуиты, Москва, 1913 г. ст. 384—395; Böhme Tyranenmord. München, 1905; Gierke Ioahanes Altusius, а также курсы Еллинека, Дюги и пр.

[1]) Иначе говоря признать въ правѣ то, что видитъ въ немъ психологическая теорія права. См. Л. І. Петражицкій. Введеніе въ изученіе права и нравственности. С.П.Б. 1909 г.; *его же*: Теорія права и нравственности т. 1. 1909 г.; т. II.—1910 г. и др. соч.

субъекта этого рода отношеній проицируется систематикомъ опредѣленный кругъ притязаній и обязанностей. Эта проекція можетъ найти свою объективированную форму въ законѣ или обычаѣ и тогда, очевидно, систематику облегчается и трудъ точной формулировки этой юридической связи.

Отрицательный выводъ изъ вышеприведенной фразы долженъ гласить, что политическія отношенія не всегда въ исторіи были правовыми, но часто носили характеръ фактическій. Будучи лишь повиновеніемъ одной стороны и, произвольно мѣняющимися для лицъ и мѣстъ, велѣніемъ другой они представляли изъ себя хаосъ неопредѣленно — измѣнчивыхъ отношеній, чуждый взору юриста, дающаго систему неизмѣнно и постоянно должнаго.

Какъ возраженіе по существу предыдущимъ положеніямъ можно было бы противопоставить то положеніе, что не только проицированныхъ взаимно-обязывающихъ нормъ, но и нормъ, нашедшихъ себѣ обективированную форму обычая или закона, еще недостаточно для возможности ихъ догматизаціи. Лишь тамъ, гдѣ есть юридическая возможность обезпеченія притязаній и принудительныя мѣры, въ случаѣ надобности, обезпечивающія исполненіе укрѣпленныхъ за нами обязанностей; лишь тамъ, гдѣ существуетъ органъ, уполномоченный оцѣнивать дѣйствія сообразно нормѣ, принуждать къ слѣдованію ей и тѣмъ самымъ какъ бы постоянно возрождать норму,—только тамъ возможны устойчивыя нормы, только тамъ возможна ихъ догматизація.

За подобнымъ возраженіемъ кроется большая историческая правда и оно имѣетъ свои основанія, но не въ такой преувеличенной формѣ.

Дѣйствительно, судъ исторически является тѣмъ учрежденіемъ, на которое возлагается правосознаніемъ и законодательствомъ миссія jus dicere, его защиты и осуществленія. Хотя послѣдняя задача, собственно говоря, есть уже дѣло не суда, но административныхъ учрежденій, тѣмъ не менѣе эти учрежденія связаны тѣсно съ судомъ, такъ какъ координируютъ свои дѣйствія съ судебными рѣшеніями. Роль суда для догматизаціи извѣстной отрасли права несомнѣнна и чрезвычайно важна. Судъ прежде всего облегчаетъ догматику трудъ нахожденія дѣйствующаго права; затѣмъ судъ даетъ ему обязательное толкованіе, чѣмъ сдерживаетъ тѣ широкіе предѣлы, которые представляются всякому интерпретанту; и, что, быть можетъ, наиболѣе важно для догматика, судъ какъ-бы консервируетъ норму, придаетъ ей неизмѣнный и постоянный смыслъ, кристаллизуетъ ее въ однородно-мыслимое правило.

Изъ этого видно, что всюду, гдѣ публичныя отношенія могли быть предметомъ судебнаго разбирательства, создается особо благопріятная атмосфера для появленія догмы публичнаго права.

Однако, было бы большой ошибкой думать, что догматизація правового матеріала исчерпывается *исключительно* наличностью суда, какъ хранителя и защитника нормы. Онъ только способствуетъ появленію догмы, а при наличности ея облегчаетъ трудъ догматика. *Единственнымъ же условіемъ появленія догмы права надо признать наличность правовой психики,* т. е. наличность сознанія, что извѣстная норма обязательна для лицъ, къ которымъ она адресована, наличность сознанія связанности субъектовъ отношенія, устанавливаемаго нормой. Иными словами: для наличности догмы

необходимо, чтобы произошла юридизація конкретныхъ отношеній либо въ правосознаніи общества и индивида (политико-юридическія теоріи), либо даже въ видѣ т. н. объективнаго права. Только такая юридизація отношеній есть conditio sine qua non появленія догмы.

Но при этомъ надо не забывать, что, ограничившись этимъ условіемъ, мы тѣмъ самымъ отказываемся отъ органа, задача котораго распознавать, а главное, гарантировать праву его дѣйственность. Единственной гарантіей дѣйственности такого права является признаніе его in toto адресатами. Но что если это признаніе отсутствуетъ? что если связь между положит. правомъ и правосознаніемъ разрывается? что если правосознаніе шагнуло впередъ, а положительное право, которымъ оперируетъ догматикъ, осталось неизмѣннымъ? гдѣ взять тогда его палладина?

Въ такіе моменты должна наступить подлинная трагедія положительнаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и для догматика встаетъ рѣшительный вопросъ о дѣйствующемъ правѣ, его предѣлахъ и источникахъ, способѣ распознанія и нахожденія и т. п. Догматикъ, который не пожелалъ бы слѣдовать за невѣрнымъ вожакомъ—временемъ—былъ бы догматикомъ почившихъ нормъ.

Я не знаю, можно ли было бы, обладая даже прекрасными логическими способностями, вывести всѣ предыдущія заключенія изъ вышеприведенной фразы Ѳ. В. Тарановскаго, но она хорошо преломляетъ всю историческую конъюнктуру развитія домгатики государственнаго права. Читатель, конечно, уже замѣтилъ, что въ формѣ дедукціи изъ гипотетической природы права его слѣдствій, *мною по существу была разсказана въ краткихъ чертахъ исторія*

догматики госуд. права, вплоть до тога кризиса, который переживаетъ она въ настоящій моментъ и у насъ, и во Франціи и, особенно, въ Германіи.

Обращаясь къ фактическому подтвержденію этого положенія, я прежде всего позволю себѣ указать на тотъ общеизвѣстный фактъ, что *догма частнаго права очень стара.* Въ ея исторіи измѣнялись пріемы и способы разработки, усовершенствывались, переходили отъ постатейнаго комментарія и сведенія комментируемыхъ глоссъ къ систематическому изложенію по институціонной или пандектной системѣ; измѣнялись источники права, варьировалась относительная обязательность божественнаго, естественнаго и положительнаго права, національнаго и римскаго,— но догма частнаго права въ той или иной формѣ существовала и существуетъ. Единственная мыслимая причина такого явленія можетъ заключаться въ томъ, что частно-правовыя отношенія всегда покоились на психологическомъ убѣжденіи связанности контрагентовъ, взаимномъ проицированіи на каждаго изъ нихъ системы обязанностей и притязаній. Къ этому надо еще присоединить тотъ фактъ, что уже въ первобытныхъ общественныхъ организаціяхъ появляется судебный органъ, который уполномочивался общественнымъ правосознаніемъ или волею контрагентовъ формулировать тѣ обязанности и притязанія, которыя порождались правовой связанностью ихъ.

Иной былъ укладъ политическихъ отношеній. Они не всегда были проникнуты этой связанностью, этимъ юридическимъ равенствомъ субъектовъ отношенія. Для того, чтобы политическія отношенія стали правовыми, требуется наличность одного условія. „Требуется, говоритъ Р. Іерингъ, чтобы государственная власть

признавала издаваемыя ею нормы обязательными и для самой себя. Только при такомъ отношенiи государственной власти къ создаваемымъ ею нормамъ изгнанъ будетъ случай изъ сферы примѣненiя нормъ— мѣсто произвола займетъ равномѣрность, прочность, обезпеченность и надежность закона, настанетъ то, что рѣчь разумѣетъ подъ *правовымъ порядкомъ*, что представляется нашему умственному взору, когда мы говоримъ о *господствѣ* права и закона, чего мы требуемъ отъ *права*, какимъ оно рисуется въ нашемъ представленiи о немъ. Такова задача *правового государства*. Право въ этомъ полномъ смыслѣ слова, является, слѣдовательно, *двусторонне*-обязательною силою закона, подчиненiемъ государственной власти ею самою издаваемымъ законамъ“ [1]). Iерингъ съ истинной генiальностью подмѣтилъ сущность трансформацiи *политическихъ* отношенiй въ отношенiя *правовыя*. Но будучи и приверженцемъ и обоснователемъ теорiи созданiя права государствомъ, онъ сдѣлалъ ударенiе на признанiи государственной властью издаваемой имъ нормы. Въ третьей главѣ мы убѣдимся въ неправильности этой теорiи, въ необходимости дѣлать ударенiя на „представленiяхъ нашего взора“, на томъ, чтобы общественное правосознанiе мыслило политическiя отношенiя связанными въ своихъ притязанiяхъ и обязанностяхъ и что само государство въ такомъ случаѣ слѣдуетъ нормѣ общественнаго правосознанiя. Принимая данное положенiе въ качествѣ гипотезы, мы можемъ пока высказать то положенiе, что если имѣется наличность таковой правовой проекцiи индивида или общества на политическiя отно-

---

[1]) Р. Iерингъ. Цѣль въ правѣ С.П.Б., 1881 г., т. I, стр. 257. (Курсивъ подлинника).

шенія, то этого достаточно для появленія научной систематизаціи проицированныхъ правъ и обязанностей, иначе говоря, для появленія догмы права.

Но какой догмы,—вполнѣ справедливый вопросъ. Догмы ли положительнаго права или же раціоналистической концепціи? Какъ ни справедливъ и законенъ этотъ вопросъ, но отвѣтъ на него долженъ всегда носить условный характеръ. Эта условность всецѣло зависитъ отъ того, какъ мы понимаемъ положительное право или, точнѣе, всегда *опредѣляющимъ моментомъ понятія догмы положительнаго права служитъ понятіе источниковъ или нормативныхъ фактовъ.*

Если подъ источниками права понимать въ качествѣ безусловной категоріи законъ, изданный законодательной властью государства, согласно, опредѣляющей порядокъ его изданія, конституціи, то, очевидно, что источниками положительнаго права будутъ прежде всего законъ, а также обычай, судебная практика, трактаты и пр. въ размѣрахъ и въ случаяхъ, опредѣляемыхъ закономъ. Такая предпосылка положительности источниковъ права легально-правильна и методологически-безукоризненна для тѣхъ случаевъ правоотношеній, гдѣ функціонируетъ судъ, въ качествѣ подзаконнаго учрежденія съ точно опредѣленной компетенціей и съ обязательными для него источниками права, которыхъ онъ не въ правѣ преступить. Обычно вся судебная организація съ контролемъ высшихъ инстанцій, съ системой апелляцій и кассацій сторонъ, кассаціи въ интересахъ закона (Франція), частнымъ обжалованіемъ и т. п. построена т. о., чтобы не только удержать судъ въ предѣлахъ обязательныхъ для него источниковъ права и контролировать пра-

вильность ихъ примѣненія, но и дать самымъ нормамъ права—путемъ однороднаго толкованія—опредѣленный и неизмѣнный смыслъ. Очевидно, что такая предпосылка совершенно правильна и догма всегда будетъ отраженіемъ и систематизацiей правовыхъ отношеній гражданскаго и торговаго права—въ частномъ правѣ, уголовнаго, церковнаго и административнаго права, гдѣ существуютъ церковные и административные суды,—для публичнаго права.

Однако, условность понятія догмы положительнаго права становится очевидной, если мы вмѣсто положительнаго права поставимъ понятіе *дѣйствующаго* права. Это понятіе, какъ видно будетъ ниже, для извѣстной сферы правоотношеній гораздо необходимѣе указаннаго выше понятія положительнаго права. Положительное право относится къ дѣйствующему, какъ часть къ цѣлому, а, въ силу этого, и догма дѣйствующаго права не тождественна догмѣ положительнаго права при указанныхъ выше источникахъ права. А именно, есть сфера публично-правовыхъ отношеній, гдѣ къ нимъ присоединяются еще прецедентъ, т. н. конституціонныя соглашенія, право съ соціальной гарантіей и т. п. Догматикъ, который пренебрегъ бы этими источниками дѣйствующаго права (а разъ оно дѣйствуетъ—оно вполнѣ положительно) далъ бы догму, которая оперировала бы съ нормами подчасъ далеко недостаточными, подчасъ утерявшими свой нормативный характеръ, подчасъ просто замѣненными совершенно иными нормами.

Чтобы еще подчеркнуть условность догмы положительнаго права и ея зависимость отъ воззрѣнія на источники права, я укажу на тотъ общеизвѣстный фактъ, что въ исторіи т. н. божественное право не-

однократно признавалось за дѣйствующее право и вдобавокъ съ такой нормативной силой, что положительное право признавалось лишь постольку обязательнымъ, поскольку его положенія согласовались съ божественными заповѣдями и справедливостью. И еще знаменитый схоластикъ Раймундъ Луллій говоритъ, что справедливость есть согласованіе закона свѣтскаго съ закономъ духовнымъ: „Юристъ—говоритъ Луллій—обязанъ изслѣдовать справедливъ или ложенъ законъ писанный. Если онъ найдетъ его справедливымъ, то долженъ вывести изъ него вѣрныя заключенія. Если же найдетъ его ложнымъ, то не долженъ только имъ пользоваться, не порицая его и не разглашая о немъ, чтобы не навлечь позора на старѣйшихъ (т. е. на законодателей") [1]. Далѣе, можно указать на то, что долгое время ratio scripta римскаго права имѣлъ безусловно-обязательную силу для всякаго юриста и судьи, на то, что даже во французскихъ парламентахъ и рейхскаммергерихтѣ естественное право имѣло субсидіарное значеніе, что самое положительное право не трудно привести въ контактъ съ правомъ разума, указавъ на то обстоятельство, что вѣдь и право положительное есть право разума; наконецъ на то, что въ наши дни, подъ вліяніемъ т. н. Freirechtsbewegung, ст. 4 Швейц. гражд. уложенія вливаетъ въ положит. право потокъ „свободнаго права". Все это

---

[1]) А. Стояновъ. Ук. соч., стр. 11. Ср. интересное замѣчаніе В. М. Гессена по поводу современнаго юриста публициста: „Поэтому, какъ бы правиленъ ни былъ тотъ или иной выводъ изъ общаго принципа, юриспруденція только въ томъ случаѣ можетъ и должна его усвоить, если онъ не стоитъ въ противорѣчіи съ этическими воззрѣніями и соціальными условіями этой эпохи" Lex canonici—этическія воззрѣнія! В. М. Гессенъ. О юридич. направленіи въ госуд. правѣ; „Журналъ Мин. Юстиц." 1897 г. № 3, стр. 128.

служитъ доказательствомъ условности понятія догмы права.

Возвращаясь къ выставленному нами требованію связанности субъектовъ политическихъ отношеній, какъ необходимому условію для признанія ихъ правовыми, проникновенія въ среду ихъ права, порождающаго соціально-психологическую потребность въ научной систематизаціи ихъ [1]), мы должны сказать, что такому требованію не удовлетворяютъ цѣлый рядъ политическихъ организацій.

Въ сферѣ такихъ организацій врядъ ли можно говорить о правѣ; но если ужъ конструировать ихъ юридически то, прежде всего, надо отмѣтить, что въ нихъ долгое время юридическое положеніе сторонъ было далеко не равно. Съ одной стороны, являлся субъектъ абсолютнаго права, надѣленный величайшею властью, нисходящей, сообразно религіозно-мистическому міросозерцанію эпохи, прямо отъ Божества или, сообразно раціональной концепціи Гоббеса, отъ гражданъ, перенесшихъ на него всѣ свои естественныя права во имя соціальнаго міра; съ другой же стороны, находились лишь субъекты обязанности, или правильнѣе объекты абсолютнаго права собственности территоріальнаго суверена. Патримоніальная концепція государства, превратившая живыхъ людей въ абстрактные объекты права собственности; не давала мѣста юридическому отношенію, а, слѣдовательно, и не было жизненной потребности въ возникновеніи догматики публичныхъ отношеній. Желаніе юридически конструировать такого рода политическія отношенія всегда приводитъ авторовъ къ построенію

[1]) См. превосходныя страницы Л. I. Петражицкаго. Теорія права и нравственности, т. I § 10 изд. 1909 г.

своеобразнаго института публичной quasi—собственности, причемъ единственнымъ выходомъ изъ т. н. частноправовой конструкціи государства является провозглашеніе единаго субъекта абсолютнаго права и сведеніе остальныхъ субъектовъ политическихъ отношеніе на уровень объектовъ этого права. Но неправильность такого построенія сразу же обнаруживается, ибо, какъ извѣстно, отношенія собственника къ объекту своего права лишены юридическаго характера.

Скромно и спорадически догма публичнаго права возникаетъ лишь при такихъ юридическихъ отношеніяхъ, гдѣ своеобразный строй сословно-земскихъ или феодально-федеративныхъ отношеній закрѣпляетъ публичныя права разрѣшенія взиманія налоговъ, дарованія приданнаго по случаю выхода замужъ и т. п. за извѣстными сословіями или же распредѣляетъ полноту того, что мы теперь называемъ государственной властью, между сувереномъ и сюзеренами. Причемъ въ этихъ случаяхъ догма государственнаго права появляется въ двухъ основныхъ формахъ: или она принимаетъ характеръ политическаго ученія и въ деонтологической формѣ систематизируетъ сложившіяся отношенія и—съ этой стороны—трудъ нашего маститаго ученаго М. М. Ковалевскаго [1]) какъ разъ преслѣдуетъ цѣль показать, какъ задолго до появленія политическихъ ученій соціальная среда вырабатывала отношенія, систематизируемыя въ нихъ; или же она принимаетъ форму догмы положительнаго права, если публичныя отношенія были предметомъ судебнаго разбирательства [2]). Изслѣдованіе дѣятельности юристовъ, сплотив-

[1]) См. уже цитированный нами трудъ „Отъ прямого народоправства къ представительному“, т. I, предисловіе.

[2]) Тарановскій. Догматика положит. права во Франціи: „Важнѣйшимъ для автора выводомъ изъ названнаго изслѣдо-



шихся вокругъ рейхскаммергерихта старой Германіи и парламентовъ стараго порядка Франціи привела къ этому убѣжденію г. Тарановскаго. И интереснѣе всего отмѣтить, что догматика права исчезала въ дни могущества абсолютной власти, какъ это было со временъ блестящей монархіи Людовика XIV почти вплоть до революціи, когда парламенты прекратили свою дѣятельность; или въ эпоху усиленія власти маленькихъ нѣмецкихъ Fürst'овъ и паденія Священной Имперіи Германскаго Народа. Къ сожалѣнію, крайній недостатокъ изслѣдованій по этому вопросу лишаетъ возможности подтвердить его исторіей другихъ странъ.

Но догма публичнаго права должна была возродиться вновь, какъ только политическія отношенія начали мыслиться по юридической схемѣ связанности ихъ субъектовъ. Не трудно, конечно, отвѣтить на вопросъ о генезисѣ современнаго юридическаго ученія о государствѣ. *Школа естественнаго права своей раціоналистической концепціей юридической связи соціальныхъ атомовъ-индивидовъ даетъ ему принципіальную основу, а политическія ученія представителей этой школы даютъ первую догму публичнаго права* [1].

ванія („Юрид. методъ въ государственной наукѣ") было установленіе генетической связи между публично-правовой догмой и камеральной юриспруденціей... Указанный выводъ наводилъ на мысль о томъ, что догматизація положит. госуд. права должна была развиваться повсюду, гдѣ публично-правовые конфликты являлись предметомъ судебнаго разбирательства" Пред., стр. IV. „Предлагаемое изслѣдованіе приходитъ къ тому выводу, что во Франціи, какъ и въ Германіи, развитіе публично-правовой догматики стараго порядка находится въ непосредственной генетической связи съ судебн. практикой", ibid., стр. V.

[1]) См. Еллинекъ Г. Общее ученіе о государствѣ, С.П.Б. 1903 г. стр. 6: „Источникомъ послѣдняго (современнаго ученія о государствѣ) послужила доктрина естественнаго права,

Эта догма публичнаго *естественнаго* права (выраженіе Еллинека) отправлялась отъ 2-хъ основныхъ положеній: присущаго индивиду естественнаго права и государства, какъ договорнаго единства субъектовъ этого права. Мы знаемъ, что этотъ договоръ разсматривался лучшими представителями школы не какъ историческій фактъ, а какъ гипотеза, юридическая презумпція, при помощи которой можно было дать верховный принципъ государственности новой формаціи и вывести изъ него дедуктивнымъ методомъ всю политическую систему. Давно извѣстно, что и нѣмецкіе и французскіе представители этой школы не были въ состояніи вывести всю систему изъ категорій чистаго разума и сознательно или безсознательно черпали эмпирическій матеріалъ для заполненія своихъ построеній [1]).

стремившаяся выяснить юридическое основаніе государства", тамъ же въ прим. 2 къ стр. 106: „Созданная естественнымъ правомъ (конструкція государства, какъ правового субъекта)— Гроціемъ и въ особенности—Гоббесомъ—она была выставлена въ противовѣсъ туманной спекуляціи, какъ непреложный исходный пунктъ юридическаго познанія государства сперва Albrecht'омъ... и затѣмъ Gerber'омъ". Тарановскій, Ѳ. В., юрид. методъ стр. 294 и слѣд. Ѳ. Кокошкинъ. Къ вопросу о юридической природѣ государства и органовъ госуд. власти, Москва 1896 г., стр. 3 и прим. 1; Камбуровъ В. Г. Юридическій методъ въ государствовѣдѣніи. „Журн. Мин. Юстиц.", 1903 г. № 7 стр. 156; П. И. Новгородцевъ. Кризисъ современнаго правосознанія, Москва 1909, —всей книгой подтверждаетъ тотъ же взглядъ о генезисѣ современнаго „правового" или „либеральнаго государства". Прутченко, С. М. Современныя направленія науки госуд. права. „Журн. Мин. Нар. Просвѣщ." 1896 г., ч. 307, стр. 244; O. Gierke. Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. „Jahrbuch für Gesetzgebung. V. und V." Leipzig B. VII 1883. S.S. 1191—1192—прекрасная характеристика; Stammler. Ueber die Methode der geschichtlichen Schule, 1889 S.S. 42—43 и др.

[1]) См. для „легиста Поръ-Рояля"—Дома—Ѳ. В. Тарановскій Догматика, стр. 221—222; для Канта—В. И. Сер-

Однако если школѣ естественнаго права по справедливости принадлежитъ честь провозглашенія т. н. публично-правового принципа, субъективныхъ публичныхъ правъ и конструированія государства, какъ юридическаго отношенія, то ни въ коемъ случаѣ не надо забывать, что все это, во первыхъ, только политическое ученіе и, во вторыхъ, что въ ученіяхъ этой школы мы находимъ только принципіальныя основы современнаго юридическаго ученія о государствѣ. Подчеркивая это положеніе, я тѣмъ самымъ хочу сказать, что *совершенно не могу согласиться съ попытками многихъ писателей сблизить методъ догматизаціи положительнаго права съ раціоналистическимъ методомъ школы естественнаго права* [1]). Дѣло въ томъ, что въ современной юридической школѣ государствовѣдѣнія, на мой взглядъ, необходимо различать два несовпадающихъ направленія научной дѣятельности: *путь догматизаціи публичнаго положительнаго права и путь конструированія общаго ученія о государствѣ* [2]).

гѣевичъ. Задача и метода государственныхъ наукъ, Москва 1871 г., стр. 56—57, у него же и относительно другихъ нѣмецкихъ авторовъ; затѣмъ Ковалевскій М. М.—ук. соч. и др.

[1]) P. Laband. Ueber die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht. 1880, стр. 52—53, а за нимъ по частнымъ вопросамъ Штейнберъ, Hatschek, Bornhak, Preuss и др.

[2]) Признаніе такого распада мы находимъ уже у Еллинека, Op. cit., стр. 6, гдѣ онъ говоритъ какъ разъ о недопустимости смѣшенія догматизаціи и юридической конструкціи: „...встрѣчаемое нерѣдко и въ новѣйшей литературѣ отождествленіе ученія о государствѣ и ученія о госуд. правѣ основано на грубомъ недоразумѣніи, объясняемомъ историческимъ происхожденіемъ современнаго ученія о государствѣ. Источникомъ послѣдняго послужила доктрина естественнаго права“. На стр. 7 онъ указываетъ и на методъ конструкціи: „Системы государственнаго права по настоящее время обычно начинаются общими ученіями о государствѣ, которымъ при-

Второй дѣйствительно можетъ быть сближенъ и по содержанію понятій и по методу ихъ конструированія съ школой раціоналистовъ и генетически выведенъ изъ нея. Первый же ничего не имѣетъ съ нею общаго и гораздо древнѣе ея. Оставляя послѣдній вопросъ до надлежащаго мѣста, я долженъ сказать нѣсколько словъ о методѣ конструированія.

Какая методологическая задача конструкціи юридическаго ученія о государствѣ? Програмный отвѣтъ, соблюдаемый до сихъ поръ юридической школой, даетъ *Герберъ* въ предисловіи къ первому изданію своей книги, основныя мысли которой и до сихъ поръ никѣмъ не превзойдены [1]): „Но затѣмъ мнѣ представляется—говоритъ онъ—насущной потребностью созданіе научной *системы*, въ которой отдѣльныя подраздѣленія были бы развитіемъ единой основной мысли. Только путемъ основанія такой системы... по моему убѣжденію нѣмецкое государственное право достигло бы своей научной самостоятельности и были бы даны основы увѣренной юридической дедукціи [2])“. Самъ

дается видъ прочно установленной догмы, безъ указанія, однако, ея источника, и которыя тѣмъ важнѣе, что изъ нихъ дѣлаются самые существенные выводы. При преобладающемъ дедуктивномъ характерѣ юридическихъ построеній, выводы нерѣдко уже à priori даны съ этими догматическими положеніями“.

[1]) Сошлюсь на отзывъ о немъ Ph. Zorn'a. Die Entwickelung der Staatsrechts—Wissenschaft seit 1866. „Jahrbuch für öffent. Rechts der Gegenwart“. P. I, 1907, S. 53: „Wir sind heute im einzelnen sehr viel weiter vorangeschritten, die grundgedanken aber hat Gerber festgestellt und daran ist wenig mehr geändert werden“.

[2]) Gerber. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1865. Vorrede, SS. VII—VIII: „Sodann aber scheint mir... ein dringendes Bedürfniss die Aufstellung eines wissenschaftlichen System zu sein, in welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwickelung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen. Erst durch Begründung eines sol-

Gerber не оставляетъ сомнѣнія относительно дедуктивнаго метода конструированія подчиненныхъ понятій. Остается нерѣшеннымъ вопросъ относительно artis inveniendi этого высшаго понятія. Напрасно бы мы стали искать отвѣтъ, выраженный expressis verbis, у него или у какого-либо другого писателя той же школы. Его мы нигдѣ, насколько я знаю, не найдемъ. [1]). Но, достаточно прочесть первыя страницы сочиненія Gerber'a, чтобы убѣдиться въ томъ, что верховное понятіе найдено имъ не изъ анализа положительнаго права, не изъ кропотливаго и юридически-корректнаго изслѣдованія того обширнаго матеріала, который въ огромной части своей носилъ еще территоріальную окраску, а изъ неуловимаго источника господствующихъ политическихъ идей, изъ рѣявшихъ въ воздухѣ идей раціоналистовъ XVIII вѣка, изъ идей, кристаллизованныхъ въ право на баррикадахъ французской революціи и заполнявшихъ Германію съ эпохи Sturm und Drang'a вплоть до 1848 г. Верховное понятіе „господство", т. н. публично-правовой принципъ есть антитеза общественнаго правосознанія патримоніальной конструкціи стараго государства. И въ этомъ отношеніи глубоко интересна полемика между Мауренбрехеромъ и Альбрехтомъ, приводимая г. Тарановскимъ [2]). За 15 лѣтъ

chen Systems... würde nach meinen Dafürholten das deutsche Staatsrecht seine wissenschaftliche Selbstständigkeit erlangen und die Grundlage sicherer juristischer Deduction gegeben sein".

[1]) Не лишне отмѣтить, что вообще вопросы методологіи болѣе чѣмъ пренебрегаются юридической школой. Изслѣдователю приходится оперировать надъ мимолетно-брошенными замѣчаніями въ предисловіяхъ, примѣчаніяхъ и т. п.; главный же источникъ для своихъ сужденій черпать путемъ анализа самаго изложенія. Все это, конечно, чрезвычайно затрудняетъ работу и лишаетъ возможности опереться на точныя данныя. Ср. Еллинекъ, Общ. уч. о госуд., стр. 15.

[2]) Тарановскій. Юр. м., стр. 323.

до выхода „Ueber öffentliche Rechte“ Gerber'a (1852 г.) и за 30 лѣтъ до его „Grundzüge“, Альбрехтъ, воздавая должное *позитивности догматики* Мауренбрехера, оставшагося на строгой почвѣ права, тѣмъ не менѣе признаетъ его конструкцію неправильной, на томъ основаніи, что онъ не принялъ во вниманіе совершившагося принципіальнаго измѣненія въ воззрѣніи на юридическую природу государства („über die rechtliche Natur des Staats überhaupt“). А это измѣненіе заключалось въ перемѣнѣ частно-правовой окраски въ публично-правовую. Изъ этого ясно слѣдуетъ, что можно быть хорошимъ догматикомъ и дѣлать дурныя конструкціи; дурныя потому, что онѣ расходятся съ господствующимъ воззрѣніемъ, съ тѣми безсознательно усвоенными идеями, которыя, исходя изъ глубинъ общественнаго сознанія, диктуютъ, конечно, и юристамъ верховные принципы ихъ конструкцій. Чтобы не быть голословнымъ, позволю себѣ привести еще одно подтвержденіе изъ брошюры русскаго послѣдователя германской школы, который, указавъ на печальную судьбу никѣмъ не признаваемаго Гумпловича, дерзнувшаго разойтись съ господствующимъ направленіемъ, предостерегаетъ отъ того же Lingg'a и Н. М. Коркунова, если они пренебрегутъ „запросами жизни“, иначе—если они не внесутъ господствующихъ политическихъ идей: „Юристъ не только долженъ овладѣть правовымъ матеріаломъ и умѣть пользоваться пріемами формальной логики: онъ долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ и знать жизнь, ея требованія и запросы, черпать изъ жизни и творить для жизни... Юридическіе институты созданы сознательной дѣятельностью людей, хотя и созданы ими ради удовлетворенія потребностей, вложенныхъ въ нихъ природой. Созданные людьми и для людей, они и должны служить интересамъ людей и

имѣютъ право на существованіе лишь постолько, поскольку они служатъ этимъ интересамъ [1])". И дальше: *„Юристъ, игнорирующій тѣ практическія требованія, удовлетвореніе которыхъ современный человѣкъ ждетъ отъ государства, напишетъ, пожалуй, ученую книгу, но не создастъ плодотворнаго труда...* Нельзя т. о. безнаказанно игнорировать практическія стороны жизни и становиться въ оппозицію къ тѣмъ требованіямъ, которыя современный человѣкъ предъявляетъ государству [2])". Трудно выразить болѣе отчетливо и выпукло необходимость привнесенія въ юридическую конструкцію политическихъ идей, каковыми, несомнѣнно, представляются „запросы и требованія жизни". Ту же мысль, но въ болѣе аполитической формѣ повторяютъ и другіе сторонники германской школы [3]).

Но, скажутъ, какъ же могло случиться, что германская школа, вышедшая подъ знаменемъ полнаго аполитизма и такъ язвительно высмѣявшая „историко-философо-политическія [4])" конструкціи прежнихъ юристовъ, какъ же она могла съ момента рожденія вос-

---

[1]) Проф. А. С. Алексѣевъ. Къ ученію о юридической природѣ государства и госуд. власти, Москва, 1894 г. стр. 7.

[2]) Ibidem, стр. 8. (Курсивъ подлинника).

[3]) См. напр. *Еллинекъ* Общее ученіе о государствѣ, С.-Петербургъ, 1903 г. стр. 9—14; *Гессенъ, В. М.* О юридическомъ направленіи въ государственномъ правѣ. „Журн. Мин. Юстиціи", 1897 г., № 3. стр. 128; намѣренно не называю критиковъ и противниковъ юр. направл., которые уже давно подчеркнули полит. элементъ въ юридическихъ конструкціяхъ. См. напр. статью Deslandres'а въ „Revue de droit public", 1900, t. XIII, p. 463, вошедшую затѣмъ въ его книгу „La crise de la science politique. Paris 1902. Preuss, H. Zur Methode juristischer Begriffsconstruction". Jahrbuch für Gesetzgebung, V. und V.", XXIV, H. I, S. 370; *Штейнбергъ* Конституціонная жизнь и юрид. методъ, „Журн. Мин. Юстиціи", 1912 г., № 3, стр. 68 и 112 - 113. и др.

[4]) Выраженіе P. Laband'а.

принять политическій элементъ [1])? На это, мнѣ кажется, можетъ быть одинъ отвѣтъ: если бы юридическая школа и не восприняла бы въ себя конструктивнаго элемента и осталась бы на почвѣ чистой догматики положит. права, она все же не могла бы освободиться отъ политическаго ученія, составляющаго идейную сущность положительнаго права.

Въ самомъ дѣлѣ, что требуется отъ догматика, строгаго, позитивнаго догматика? Образно выражаясь словами А. А. Пиленко [2]), онъ долженъ „проникнуться нормой", войти въ потокъ нормативнаго сознанія, въ систему должнаго, требуемаго нормой. Онъ долженъ проникнуться „органичностью" нормы, связать себя со всей данной политической системой. „Точка зрѣнія судьи есть въ то же время точка зрѣнія юриста теоретика законнаго права" — говоритъ новѣйшій „возстановитель" юридическаго метода въ государствовѣдѣніи [3]). И такъ какъ такое насыщеніе себя положительнымъ правомъ есть въ то же время de jure и насыщеніе извѣстной политической системой, то неудивительно, что оно приметъ политическую окраску [4]). Я сказалъ de jure, ибо, очевидно, что для строгой работы юриста въ сферѣ догматизаціи по-

---

[1]) *Еллинекъ.* Общ. ученіе о госуд., стр. 41: „Такимъ образомъ и наша новѣйшая наука государственнаго права вторглась—по общему правилу безсознательно—въ область политики, выводя опредѣленныя послѣдствія изъ кажущихся правоположеній, которыя она считала юридическими, но которыя, въ дѣйствительности, имѣли только политическій характеръ". Политизмъ юрид. направленія далъ поводъ критикѣ его Gumplovicz' емъ, Geschichte der Staatsteorien. Innsbruck 1905. Приложеніе „Zur Kritik der juristischen Methode"

[2]) *А. А. Пиленко.* Очерки по систематикѣ частнаго международнаго права, С.П.Б. 1911 г.

[3]) Kelsen, H., op. cit., S. 42.

[4]) *Тарановскій,* Юрид. методъ, стр. 235—236.

ложит. права и нахожденія въ каждомъ конкретномъ случаѣ нормы вовсе не требуется этическаго признанія правильности и справедливости этой системы или нормы [1]). Судья очень часто принужденъ примѣнить норму, карающую дуэль, но это вовсе не значитъ, что онъ признаетъ ее справедливой.

Если т. о. работа догматика положит. права чаще всего носитъ консервативно-политическій характеръ [2]), возрождаетъ систему, быть можетъ уже разошедшуюся съ правосознаніемъ общества, то работа конструктивиста *иногда* напротивъ носитъ творческій, прогрессивный характеръ. Это, очевидно бываетъ въ тѣ эпохи, когда при оставшейся въ нерушимомъ состояніи массѣ прежнихъ законовъ, конституціонная хартія, а съ нею вмѣстѣ (и дажѣ предшествуя ей) общественное правосознаніе провозглашаетъ новые политическіе принципы. Въ такихъ случаяхъ, если интерпретація нормъ согласно новымъ политическимъ принципамъ невозможна, выступаетъ творческая и прогрессивная роль конструкцій. Подъ этимъ угломъ зрѣнія только и можно разсматривать двѣ приведенныхъ полемики, въ которыхъ задолго еще до легальнаго провозглашенія публично-правового принципа отъ юриста требуется согласованіе теоріи съ жизнью. „Не только вдохновленіе законодательства—говоритъ старѣйшій предсѣдатель палаты депутатовъ во Франціи [3]), но и тол-

[1]) „Къ признанію—говоритъ Kelsen—относится не только намѣреніе фактическаго слѣдованія, но также убѣжденіе въ справедливости его, одобреніе нормы; не только сознаніе, что такъ должно поступать, но также убѣжденіе, что такая норма должна быть“ Hauptprobleme, S. 45.

[2]) K Würzel. Das juristische Denken. Wien 1904, S.S. 57—60.

[3]). Paul Deschanel въ предисловіи къ сборнику: „Les méthodes juridiques“. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910. Paris 1911. P. VII, préface.

кованіе законовъ доктриной и юриспруденціей не можетъ оставаться внѣ глубочайшихъ теченій соціальной жизни. Il n'est pas un juriste aujourd'hui, qui ne se prèoccupe de mettre son interprétation en harmonie avec les besoins actuels et les idèes ambiantes". A M. Saleilles de lege ferenda предсказываетъ огромную творческую роль юридическаго метода, съ обычнымъ остроуміемъ француза говоря, что юридическій методъ—методъ революціонный, вмѣсто соціализма революціоннаго онъ даетъ соціализмъ юридическій и на мѣсто феминизма сантиментальнаго—феминизмъ юридическій [1]).

Это длинное отступленіе, въ которомъ мы пытались указать политизмъ всякой догматики, необходимо было для ясности пониманія нѣкоторыхъ вопросовъ, трактуемыхъ въ слѣдующихъ главахъ.

Возвращаясь къ сближенію конструктивнаго метода съ раціоналистическимъ, я напомню програмный лозунгъ Gerber'a относительно конструкціи юридическаго ученія о государствѣ, какъ дедукціи изъ верховнаго принципа государственности. Почти въ тѣхъ же словахъ говоритъ объ этомъ методѣ и новѣйшій его возстановитель Hans Kelsen [2]). Онъ впервые осуществилъ

---

[1]) ibidem, p. XXIII: „Et si j'osais, je vous dirais encore, pour être très moderne, ultra moderne, demandez aux socialistes, demandez aux feministes, de quelle arme ils comptent se servir pour faire pénètrer sans trop de secousses leurs revendications dans votre état social. De la méthode juridique, vous repondront-ils. Il y avait autrefois un socialisme révolutionaire. Je ne veux pas dire, helas! qu'il n'y en ait plus. Mais il y a, en plus, aujourd'hui, un socialisme juridique. Nous avons connu un feminisme sentimental; nous connaissons maintenant un feminisme juridique". Allocution.

[2]) Kelsen, H. Hauptprobleme, s. III: „Das zugrunde gelegte System ergibt sich dadurch, das der Rechtssatz, als ein Zentralbegriff juristischer Konstruction erkannt wird"...
его же. Grenzen, гл. I.

задачу единства конструкціи, причемъ у него съ наибольшей рѣзкостью проведенъ распадъ между догматизаціей положительнаго права и конструкціей юридическаго ученія о государствѣ [1]). Въ этомъ отношеніи вся книга его есть подтвержденіе мысли о несовпадающемъ направленіяхъ работы современнаго публициста.

Какія же методологическіе принципы вдохновляли школу естественнаго права?

Лейбницъ въ „Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae“ (1668 г.) впервые даетъ методологическія указанія „совершенному“ методу юриспруденціи раціоналистической школы. „*Наиболѣе совершенный юридическій методъ есть тотъ, который ближе всего подойдетъ къ отвлеченно-логическому, доказательному методу математиковъ*... Здѣсь прямо уже высказывается желаніе-говоритъ Стояновъ-касательно того, какимъ слѣдуетъ быть современному методу. Исходнымъ пунктомъ для послѣдняго должны служить „*ясныя и плодотворныя опредѣленія*“. Задачу же его составляетъ выведеніе изъ твердыхъ принциповъ *единою неразрывною нитью* (veluti filo) извѣстныхъ послѣдствій и *опредѣленіе* общихъ основаній (fundamenta) для нашихъ дѣйствій“ [2]).

Спустя вѣкъ Кантъ въ „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre“, заключая собой школу юристовъ-раціоналистовъ даетъ ей аналогичные методо-

---

[1]) См. обстоятельный разборъ книги у *Паліенко,* Н. И. Задачи и предѣлы юридическаго изученія государства и новѣйшее формально-юридическое изслѣдованіе проблемъ государственнаго права, *„Журн. Мин. Юст.“*, февраль—мартъ 1912 г. стр. 86 и др. (отдѣльн. оттискъ).

[2]) Стояновъ. Методы разработки полож. права, стр. 161.

логическіе принципы. Суть ихъ сводится къ тому что практическій разумъ à priori даетъ верховный принципъ права. Въ этомъ высшемъ принципѣ логически должны заключаться всѣ частныя положенія, такъ что дальнѣйшая работа ученаго сводится къ раскрытію этого верховнаго положенія, въ выведеніи изъ него всего того, что въ немъ напередъ уже было дано. И такъ какъ разумъ единъ и всюду стремится къ единству, то ни въ высшемъ принципѣ ни въ частныхъ положеніяхъ не можетъ мыслиться противорѣчій. Мало того, принципъ единства и всеобъемлимости развиваемой т. о. системы правоположеній само собой исключаетъ всякую мысль о возможности пробѣловъ въ ней [1]). Изъ этихъ немногихъ строкъ можно видѣть, что методъ юридической конструкціи можетъ быть *сближенъ* съ методомъ раціоналистовъ. Я подчеркиваю сближенъ, такъ какъ почти поражающее отсутствіе методологическихъ изысканій той и другой школы лишаютъ меня права послѣдовать за O. Gierke и сказать „одинъ и тотъ же [2])“. Если въ этой области мы можемъ дать лишь приблизительный гипотетическій отвѣтъ, то въ сферѣ генетическаго развитія юридической школой публично-правовыхъ принциповъ естественно-правовой школы [3]) мы можемъ дать болѣе увѣренный и твердый отвѣтъ.

---

[1]) Ср. В. Сергѣевичъ. Задача и метода государств. наукъ, стр. 56.

[2]) O. Gierke. Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft. Jahrbuch Schmoller's. B. VII, 1883, S. 1192; Hatschek, J. Allgemeines Staatsrecht. T. I, S. 18. Leipzig. 1909.

[3]) Ср. напр., П. И. Новгородцевъ. Кризисъ совр. правосозн. стр. 8: „Политическая теорія современнаго госуд. сложилась впервые въ концѣ XVIII вѣка, въ эпоху восторженныхъ ожиданій предстоящаго преобразованія жизни. Привѣтственныя славословія и горячія надежды встрѣтили зарожденіе „царства разума“, какимъ казалось новое госу-

Въ чемъ Kernpunct школы естественнаго права? „Основную мысль этого естественно-правового ученія о государствѣ—говоритъ Г. Еллинекъ—можно сформулировать въ томъ положеніи, что государство механически составлено изъ отдѣльныхъ людей. Отдѣльные соціальные атомы скрѣплены между собою лишь юридической, а не естественною связью [1]". Для юриста важно не то, что раціоналистическая школа есть образецъ школы соціальной механики; для него безразлично то, что раціоналисты вѣрили въ возможность соціальныхъ чудесъ, производимыхъ всемогущимъ правомъ, въ возможность немедленнаго перерожденія человѣчества путемъ облагораживающаго и воспитывающаго дѣйствія права [2]). Все это интересно б. м. для соціолога и политика. Для юриста важно то, что раціоналисты юридически мыслили общество, что человѣкъ для нихъ былъ субъектомъ права и государство представляло изъ себя юридическую связь субъектовъ права. Но это какъ разъ и есть то, что необходимо догматику права. Для юриста прежде всего необходимо, чтобы безконечное разнообразіе реальныхъ и фактическихъ отношеній между людьми выдѣлило изъ себя извѣстную группу типическихъ отношеній [3]), совершающихся по опредѣленному пра-

---

дарство его теоретикомъ и поклонникомъ" и сл.; Г. Еллинекъ, Общее ученіе о госуд., стр. 6.

[1]) Еллинекъ, Г. Адамъ, стр. 18 (Курсивъ мой).

[2]) Дѣло идетъ гл. обр. о т. н. „полицеистахъ" этой школы: Юсти, Зонненфельсѣ и др.

[3]) Д. Д. Гриммъ. Лекціи по догмѣ римскаго права, СПБ., 1910 г.: „Создается весьма важное различіе между *реальными, конкретными жизненными отношеніями* и *абстрактными типами отношеній*, именуемыми, поскольку соотвѣтствующія отношенія пріобрѣтаютъ юридическое значеніе, признаются юридически существенными,—*юридическими институтами*", стр. 2 и сл.

вилу, подчиненныхъ извѣстной нормѣ. И поскольку эти отношенія носятъ характеръ не моральныхъ, не односторонне-должныхъ, не правилъ приличія и т. п,, а характеръ двусторонне—обязательно-притязательныхъ, пріобрѣтаютъ взаимно связывающую природу,—постольку они становятся правовыми и, какъ таковыя, представляютъ изъ себя объектъ юридической догматики.

Но съ того момента, какъ принципы естественно-правовой школы проникли въ положительное право и, слѣдовательно политическія отношенія стали отношеніями публично-правовыми —для догмы положительнаго государственнаго права открылись широкія двери. Само собою разумѣется, что этимъ важнымъ историческимъ моментомъ надо признать французскую революцію и первую французскую конституцію [1]). Только съ этого момента догматикъ могъ видѣть въ политическихъ отношеніяхъ легально признанное право и, слѣдовательно, оперировать съ положительнымъ правомъ. Сверхъ того для него открылись широчайшія перспективы путемъ интерпретаціи стараго публичнаго положительнаго права сообразно верховнымъ принципамъ, провозглашеннымъ конституціей, создать цѣлую систему государственнаго права,—перспективы, отвѣчавшія насущнымъ жизненнымъ потребностямъ. XIX вѣкъ для европейскаго континента былъ величай-

---

[1]) Тароновскій. Юрид. методъ, стр. 296—297. „При внесенія естественнаго права въ положит. догму не могло удовлетворять строгихъ юристовъ. Для нихъ недостаточенъ былъ идейный разрывъ со старымъ порядкомъ и необходимъ былъ разрывъ фактическій. Послѣдній и былъ совершенъ франц. революціей, создавшей то государственное „новообразованіе", которое вышло изъ рамокъ „исторической концепціи" и заставило публицистовъ искать новый принципъ публичн.-пр. конструкціи" и сл.

шимъ вѣкомъ реформаціи началъ государственнаго строя. Принципы публичнаго права мало-по-малу проникаютъ во всѣ государства и, наконецъ, въ первое десятилѣтіе XX вѣка на европейскомъ континентѣ уже не остается ни одного государства, въ которомъ бы право не было легально признано основой политическихъ отношеній.

Въ самомъ дѣлѣ, какъ можно охарактеризовать однимъ словомъ современное государство. Современное государство—отвѣчаетъ Дюги „есть правовое государство, Rechtsstaat—государство, цѣль и единственный raison d'etre котораго есть осуществленіе права [1])“. Въ тѣхъ же словахъ мы найдемъ характеристику современнаго государства и у Еллинека [2]), и у Новгородцева [3]) и почти у всѣхъ государствовѣдовъ нашей эпохи. Это— communis opinio doctorum [4]). Любопытно отмѣтить, что самый процессъ словообразованія, давъ государству названіе „правовое“, тѣмъ самымъ зафиксировалъ сущность современнаго государства.

Итакъ, поскольку политическія отношенія стали отношеніями, по крайней мѣрѣ принципіально, правовыми [5]), постольку они вступили исторически въ

---

[1]) Дюги, Л. Конституціонное право, Москва, 1908 г., стр. 673.

[2]) Еллинекъ, Г. Общее ученіе о госуд., стр. 158, 164—165.

[3]) П. Новгородцевъ. Кризисъ современ. правосозн., стр. 7—11.

[4]) Я не касаюсь здѣсь того перелома, который совершается на нашихъ глазахъ и относится къ расширенію цѣлей государства. Въ трехъ указанныхъ только-что сочиненіяхъ отмѣчена происшедшая перемѣна. Но все это теченіе совершенно не упраздняетъ интересующей юриста идеи правовой связи.

[5]) Послѣднее, будучи легально-признаннымъ, для юриста имѣетъ исчерпывающій характеръ. Юристъ не интересуется реализована ли цѣль нормы или нѣтъ. Для него важно то, что она *должна* быть реализована. См. Kelsen, H., op. cit., S. 14.

ту стадію, когда догматикъ долженъ былъ появиться и закрѣпить ихъ въ строгія формы юридической дисциплины.

И если во Франціи своевременно не появилась догма конституціоннаго права, то этому причины надо искать въ тѣхъ своеобразныхъ политическихъ условіяхъ, въ которыхъ Франція находилась вплоть до органическихъ законовъ 1875 года. Безпрерывная смѣна различныхъ политическихъ режимовъ, непрекращавшіяся революціонныя и контрреволюціонныя движенія, вѣчно-дѣйствующій вулканъ политическаго возбужденія ставилъ передъ юристами политическія задачи, а не задачи догматики государственнаго права, которая возможна только при замиренной политической жизни и мирномъ культурномъ строительствѣ. Поэтому тамъ развивается только догматика административнаго права, чему способствовали двѣ причины: наличность суда и незначительное вліяніе политическихъ катастрофъ на право управленія.

Иное положеніе создалось въ Германіи. Какъ мы видѣли, уже за 12 лѣтъ до 1848 года, т. е. до момента легальнаго провозглашенія публично-правового принципа, Альбрехтъ протестуетъ противъ „частноправового" принципа и требуетъ смѣны его новыми принципами, согласными съ господствующими воззрѣніями [1]). Однако строгій позитивный догматикъ могъ бы возразить ему, что поскольку таковой принципъ не провозглашенъ законодательной властью, постольку онъ выходитъ изъ поля зрѣнія юриста. Но

---

[1]) См. вышеприведенную полемику Алексѣева съ Lingg'омъ и Коркуновымъ, изъ которой видно, что и въ Россіи за цѣлое десятилѣтіе до признанія конституціонныхъ началъ отъ публициста уже требовалось согласованіе конструкцій съ публично-правовымъ принципомъ.

съ 1848 г. для Пруссіи, а съ 1871 года для всей Германіи таковой принципъ органически проникъ въ государственное право.

И величайшій представитель юридической школы, самъ прекрасно отмѣтилъ эту связь „новой“ догмы госуд. права съ политическими условіями эпохи. „Нѣмецкое государственное право—говоритъ Gerber—стало совершенно новымъ, его прежнія основы свергнуты; даже земля, на которой онѣ покоились, перерыта и обновлена. Пропасть между настоящимъ и прежнимъ вѣкомъ глубже, чѣмъ та, которую прежде раздѣляли рядъ вѣковъ“ [1]). Изслѣдователи юридическаго метода часто приводятъ эту фразу Gerber'а, какъ его собственное признаніе „новизны“ [2]) юридическаго метода.

---

[1]) Dr. C. Fr. Gerber. Ueber öffentliche Rechte. Tübingen 1852. S. 2: „Das deutsche Staatsrecht ist durchaus ein neues geworden; die ehemaligen Grundlagen desselben sind gestürzt; der Bogen sogar, auf dem sie ruhten, ist umgewühlt und erneuert worden; die Kluft zwischen der Gegenwart und dem vorigen Jahrhundert ist tiefer als die, welche sonst eine Reihe von Jahrhunderten zu scheiden pflegt“.

[2]) В. М. Гессенъ въ цитированной уже статьѣ приводитъ слѣдующее стихотвореніе, которое было посвящено Gerber'у его послѣдователями и почитателями и напечатано въ журналѣ Grünhut'а за 1883 г.:

„Нашему праву родному незримо грозила опасность
Въ смутныхъ фантазіяхъ фразы растратить великія силы.
Смѣлому рыцарю слава! Чудовищу диллетантизма
Голову снесъ онъ отважно могучимъ и мѣткимъ ударомъ“.

(„Ж. М. Ю.“, 1897 г. № 3, стр. 122). Однако, самъ „смѣлый рыцарь“ Gerber начинаетъ свою книгу „Ueber öffentliche Rechte“ указаніемъ на своихъ предшественниковъ по догматикѣ положит. госуд. права Pütter'а, и др. (op. cit., стр. 1). Но онъ отвергаетъ ихъ конструкціи на томъ простомъ основаніи, что они покоились на частно-правовомъ принципѣ, между тѣмъ какъ новый вѣкъ внесъ новыя идеи въ положит. право и поэтому его надо заново пересоздать. Именно такъ понимаетъ и Ѳ. В. Тарановскій „новаторство“ Gerber'а: „Возстановляя юридическій методъ въ государствен-

Однако при внимательномъ чтеніи перваго параграфа его книги становится вполнѣ яснымъ не только то, что новизна его состоитъ только во внесеніи публично-правовыхъ конструкцій въ юридическое ученіе о государствѣ, но и что самъ онъ сознаетъ генезисъ этихъ конструкцій и непрерывность развитія догмы государственнаго права въ Германіи. Вслѣдъ за приведенной фразой

ной наукѣ, Герберъ самъ указалъ въ чемъ заключается его новаторство. Послѣднее ограничивалось очищеніемъ публично-правовыхъ конструкцій отъ частно-правового содержанія, но не касалось вовсе принципіальнаго вопроса о роли и значеніи юридическаго метода въ государствовѣдѣніи". Юрид. мет., стр. 330. Не касаясь двухъ диссертацій г. Тарновскаго, которые на мой взглядъ несомнѣнно устанавливаютъ продолжительность развитія догмы госуд. права, и отзыва O. Meyer'a о „мѣстѣ рожденія" догматики госуд. права (Тарановскій, Юр. методъ, стр. 1),—я укажу на историка методовъ государствовѣдѣнія В. И. Сергѣевича, который даже не разбираетъ вопросовъ догмат. методологіи, считая ихъ выработанными и давно установившимися: „Изъ общей массы наукъ о государствѣ—говоритъ онъ—мы выдѣляемъ науку положит. госуд. права... Изученіе положит. госуд. права покоится на твердыхъ основаніяхъ, литература предмета не представляетъ никакихъ сомнѣній ни относительно задачи такого изученія, ни относительно его пріемовъ. Наука положит. права есть наука чисто прикладная. Ея задача — разъяснить положит. право въ его началахъ и послѣдствіяхъ, въ видахъ примѣненія его положеній къ ежедневнымъ потребностямъ жизни. Она отправляется отъ данныхъ источниковъ извѣстнаго положит. права и при посредствѣ установившихся пріемовъ толкованія должна дать систематическое изложеніе нормъ этого права". Задача и методъ, стр. 2. На фактъ разработки догмы полож. госуд. права до книги Gerber'a опредѣленно указываютъ также: Стояновъ, op. cit., стр. 123; В. В. Ивановскій. Юридич. методъ въ политическихъ наукахъ, „Ж. М. Ю.", 1902 г., № 2, стр. 51; Гессенъ, В. М., op. cit., стр. 117—119; Hatschek, op. cit., § 2, и др. А. Горбуновъ. Методологическія основы дисциплинъ, изучающихъ дѣятельность государства. I. Часть историческая. Москва, 1906 г., стр. 133, приводитъ интересный циркуляръ прусскаго правительства полицейскимъ надзирателямъ, приставленнымъ къ университетамъ, доказывающій не только фактъ догматической разработки положитель-

онъ обращается къ разсмотрѣнію [1]) старо-германскихъ порядковъ и политическихъ воззрѣній, указываетъ на ихъ своеобразный политическій укладъ, отказывается даже признать въ немъ государство и государственную власть и, наконецъ, заканчиваетъ это разсмотрѣніе словами: „При такомъ положеніи вещей едва ли можно было ожидать здороваго развитія государственнаго права“ [2]). Затѣмъ онъ переходитъ къ идейной исторіи новой государственности: „Уже съ середины прошлаго вѣка—говоритъ онъ—революціонныя идеи, которыхъ ближайшей родиной была Франція, содѣйствовали постепенному разрушенію прежнихъ государственныхъ элементовъ и угрожали гнилымъ балкамъ имперіи“ [3]).

Эти революціонныя идеи систематически проникаютъ въ Германію, но только съ заключеніемъ

наго государственнаго права, но и правительственное поощреніе такой разработки. Высказавъ крайне неблагосклонное отношеніе къ естественно-правовымъ конструкціямъ, министерство продолжаетъ: „Министерство, отдавая полную справедливость исторической школѣ и ея благодѣтельному вліянію на основательное изученіе юриспруденціи, будетъ и впредь всячески содѣйствовать ея сохраненію и развитію въ мѣстныхъ университетахъ. Но министерство не въ меньшей степени озабочено тѣмъ, чтобы практическая школа была полно и основательно представлена. Это не только является существеннымъ условіемъ для развитія самой юриспруденціи, но въ то же время безусловно необходимо и для того, чтобы университеты въ состояніи были выполнить свое назначеніе — образовывать для государственной службы солидныхъ и пригодныхъ лицъ, которые были бы вооружены основательнымъ знаніемъ права и жизненнымъ пониманіемъ его“. Circularverfügung von 11/x 1824 г. въ сборникѣ J. Koch'a Die Preussischen Universitäten. II B., Berlin, 1839—40, 1 Abt., 5 Abschnit. № 200.

[1]) Cerber. Op. cit., SS. 2—6.

[2]) Ibidem, s. 6: „Bei dieser Lage der Dinge konnte eine gedeihlige Entwieklung das Staatsrechts kaum erwartet werden“.

[3]) Ibidem, S. 7.

Рейнскаго Союза имъ открылся широкій путь въ сердце Германіи. Вмѣстѣ съ ними рушатся старыя связки Германской имперіи. Но непрерывность этого развитія задерживается французскими войнами [1]). „Когда же нѣмецкая земля снова стала свободной и вліянія опустошеній могло быть обозрѣно, то убѣждаются, что все стало новымъ, и только немногіе продолжаютъ вѣрить въ возможность возстановленія порванныхъ нитей“ [2]). Изобразивъ на слѣдующихъ страницахъ развитіе госуд. науки Германіи послѣ заключенія союза, указавъ на „die Continuität der wissenschaflichen Lehrform des Staatsrechts auf den deutschen Hochschulen“ [3]), а также на развитіе конструкцій основныхъ юридическихъ категорій [4]) публичнаго права у представителей нѣмецкой науки той эпохи, Gerber заканчиваетъ эту часть словами: „Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, надо упомянуть, что этимъ правовѣденіе не можетъ удовольствоваться... поскольку оно ставитъ своей задачей изложить специфическую природу *современнаго* государ. права“ [5]). Но современное право Германіи, которое несетъ съ собой новые принципы и ставитъ новыя задачи юристу, откуда оно происходитъ, гдѣ его генезисъ? Отвѣтъ совершенно опредѣленъ: „Новыя

---

[1]) Ibidem, S. 7.
[2]) Ibidem, S. 7.
[3]) Ibidem. S. 10.
[4]) Ibidem, S. 14—22. Конструкцій, о которыхъ онъ говоритъ: „Das Gegensätzliche dieser Auffassung des Staats gegenüber der Anschauung des vorigen Jahrhunderts liegt also nicht bloss darin, das sie den Staat aus seiner Stellung als Object privatlechtlicher Willensbestimmung erlöst, sondern auch darin, das sie es überhaupt aufgegeben hat, den Begriff des Staats in irgend eine juristische Form zu bringen, und ihn vielmehr der allgemeinen sittlich-politischen Betrachtung zur Bestimmung anheim giebt“. S. 22.
[5]) Ibidem. S. 22 (курсивъ подлинника).

конституціи Германіи имѣютъ свое ближайшее отечество во *Франціи*; эта послѣдняя сама заимствовала ихъ у Англіи"... [1]). Но французы превратили конкретныя и индивидуальныя мысли Англійскаго народа въ общечеловѣческія и поэтому неудивительно, что „германскія конституціи отчасти сестры, отчасти даже дѣти французскихъ" [2]). Въ дальнѣйшемъ Gerber выясняетъ тѣ правовые принципы и конструкціи, которые перешли отъ старшей сестры и матери къ дѣтямъ и младшимъ сестрамъ.

Полагаю, что приведенныя мысли Gerber'а не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что соціально-психологическія предпосылки догмы государственнаго права, которыя вкратцѣ можно формулировать, какъ проникновеніе въ общество идеи юридической, публично-правовой связанности государственной власти, по его собственному признанію переходятъ изъ Франціи въ Германію и даютъ возможность созданія, новаго юридическаго ученія о государствѣ. А такъ какъ мы знаемъ, что французскія конституціи были насквозь пропитаны принципами естественно-правовой школы, то отсюда слѣдуетъ, что эти же принципы, облеченные въ форму положительнаго права, остаются въ силѣ и для т. н. юридическаго ученія о государствѣ [3]).

[1]) Ibidem. S, 22 (курсивъ подлинника).

[2]) Ibidem, S, 26: „Die Deutschen Constitutionen sind zum Theil Schwestern oder gar Kinder dieser französischen Verfassungen".

[3]) Ср. прим. 1 на стр. 18, а также Еллинекъ, Общ. уч. о госуд., стр. 41: „Эта школа *восприняла много основныхъ понятій въ той формѣ, какъ они были выработаны теоріей естесст. права и полит. литературой.* Она приняла ихъ результаты за юридическіе выводы, между тѣмъ какъ они въ значительной мѣрѣ являются лишь осадкомъ опредѣленныхъ политическихъ теорій". (Курсивъ мой).

Новаторство же Gerber'a, состоитъ не въ созданіи догмы госуд. права, но въ юридической конструкціи государства на основѣ публично-правового принципа, источникомъ котораго надо признать школу естественнаго права.

ГЛАВА II.

Если въ первой главѣ мы занимались, по преимуществу, генеалогіей юридическаго метода въ государствовѣдѣніи, то въ этой и слѣдующей насъ интересуютъ главнымъ образомъ вопросы діагностики. Чтобы сразу опредѣленно поставить задачу подлежащую разрѣшенію, я позволю себѣ привести мнѣніе П. Новгородцева относительно современнаго состоянія юриспруденціи, а главнымъ образомъ государствовѣдѣнія.—„Старое и безмятежное спокойствіе юриспруденціи временъ господства исторической школы и догматическаго формализма миновало безслѣдно: оно давно смѣнилось періодомъ Sturm und Drang'a, вихремъ самыхъ глубокихъ сомнѣній и самыхъ смѣлыхъ нововведеній [1]". Читатель видитъ, что дѣло идетъ о пресловутомъ кризисѣ правовѣдѣнія, кризисѣ, о которомъ ужъ болѣе 10 лѣтъ пишутъ на разныхъ языкахъ, всячески ищутъ его причину, стараются представить его во всей его грандіозности, но для выхода изъ котораго не было сдѣлано по существу еще ни одного серьезнаго шага. Моя работа слѣдуетъ въ этомъ отношеніи духу времени съ тою лишь разницею,

---

[1]) П. Новгородцевъ. Психологичеслая теорія права и философія естественнаго права, кн. III, стр. 5, „Юридическаго Вѣстн.". Москва 1913 г.

что она относится къ частному вопросу правовѣдѣнія и что я хочу представить себѣ и распознать конечныя причины кризиса въ этой области.

Съ моей точки зрѣнія причина кризиса догматики государственнаго права (я выдѣляю конструктивную часть, такъ какъ о кризисѣ этой части надо говорить въ связи со всѣмъ ходомъ соціально-экономической жизни послѣдняго столѣтія) должна быть въ исходныхъ посылкахъ теоріи, потому что задачи и характеръ работы догматика въ значительной мѣрѣ предохраняютъ его отъ кризиса, какъ и математика. Тотъ и другой оперируетъ въ конечномъ итогѣ съ сужденіями аксіоматическаго характера [1]), у того и другого пріемы научной разработки вырабатывались вѣками и потребности въ ихъ измѣненіи до сихъ поръ не обнаружено. При такомъ положеніи вещей, можно предположить, что кризисъ той и другой науки могъ бы произойти лишь отъ причины, коренящейся въ самомъ объектѣ научной операціи, т. е. отъ того, что аксіомы были недостаточны, или же они были вовсе не аксіомами.

Слѣдовательно, припомнивъ для подтвержденія діагноза еще развитый мною тезисъ опредѣляемости понятія догмы понятіемъ источниковъ, мы можемъ сказать, что кризисъ догматики государственнаго права могъ бы произойти или отъ того, что нормы, регулирующія политическія отношенія, были вовсе не правовыми нормами, а слѣдовательно всякая юридическая систематизація ихъ была покушеніемъ съ негодными средствами на негодный объектъ, или же отъ того, что догматической обработкѣ подвергались далеко не

---

[1]) Васьковскій, Е. В. Цивилистическая методологія, стр. 209; „Учен. Записки Императ. Новоросс. Университета", т. 84, Одесса 1901 г.

всѣ источники, вслѣдствіе чего произошелъ полный распадъ между дѣйствующимъ правомъ и догмой.

Разрѣшить эти двѣ задачи составляетъ предметъ слѣдующей главы. Въ этой главѣ я позволю себѣ пойти отрицательнымъ путемъ и указать, что многіе недостатки юридической школы, которые ей ставили въ упрекъ, не могли привести ее къ кризису. Для этого воспроизведемъ тѣ методологическіе принципы, которые завѣщалъ догматикамъ госуд. права германской формаціи ея глава D-r. Paul Laband [1]).

„Конституція имперіи—говоритъ онъ—не служитъ болѣе предметомъ партійнаго спора; она стала общимъ основаніемъ для всѣхъ партій и ихъ борьбы. Поэтому пониманіе самой конституціи, познаніе основныхъ принциповъ ея и вытекающихъ изъ нихъ послѣдствій, а также научное овладѣніе вновь созданныхъ правовыхъ институтовъ—представляетъ предметъ все болѣе захватывающаго интереса. Съ созданіемъ конституціи и съ введеніемъ ея, публично-правовыя отношенія все болѣе развиваются и усложняются, а вмѣстѣ съ тѣмъ становится все труднѣе и одновременно важнѣе установить для отдѣльныхъ проявленій публично-правовой жизни единыя основанія и руководящіе принципы. Въ практикѣ возникаютъ въ неисчерпанномъ количествѣ новые вопросы и сомнѣнія, которые должны разрѣшаться не сообразно политическимъ стремленіямъ или политической силѣ, а по началамъ дѣйствующаго права. Когда фактъ новообразованія Германіи совершился, возникаетъ потребность понять, въ чемъ онъ состоитъ и какія послѣдствія изъ него вытекаютъ.

---

[1]) Dr. Paul Laband. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen, 1876, B. I Vorrede. SS. V—VIII.

Удовлетвореніе этой потребности есть задача правовѣдѣнія. Однимъ сопоставленіемъ статей имперской конституціи и имперскихъ законовъ по извѣстнымъ вопросамъ она не можетъ быть разрѣшена; точно также ее не разрѣшаетъ и добавленіе мѣстъ изъ мотивовъ законопроэктовъ и изъ преній рейхстага, которыя большей частью содержатъ лишь разсужденія de lege ferenda. Дѣло идетъ т. о. объ анализѣ вновь созданныхъ публично-правовыхъ отношеній, объ установленіи ихъ юридической природы и о нахожденіи всеобщихъ правовыхъ понятій, которымъ они подчинены. Нельзя утверждать, что своеобразіе конституціи Германской Имперіи такъ велико, что она не подойдетъ ни подъ одну изъ принятыхъ юридическихъ категорій. Характерна германская конституція, какъ и всякое конкретное правообразованіе, только фактическимъ примѣненіемъ и связью общихъ правовыхъ понятій; наоборотъ, созданіе новаго правового института, котораго вообще нельзя было бы подчинить высшимъ и общимъ правовымъ понятіямъ, столь же невозможно, какъ нахожденіе новой логической категоріи или возникновеніе новой силы природы. Бываетъ трудно распознать въ новомъ явленіи правовой жизни, изъ какихъ юридическихъ элементовъ состоитъ его правовая сущность; но научная обработка права какъ разъ заключается въ томъ, что она не только описываетъ явленія правовой жизни, но объясняетъ ихъ и сводитъ къ общимъ правовымъ понятіямъ.

Нахожденіемъ общихъ правовыхъ прициповъ задача не вполнѣ разрѣшается. Необходимо изъ найденныхъ принциповъ развить вытекающія слѣдствія и согласовать ихъ съ фактически существующими учрежденіями и положительными велѣніями закона.

... Оказывается, наконецъ, что въ области государственнаго права повторяются многочисленныя понятія, которые нашли свое научное установленіе и проведеніе на почвѣ *частнаго права*, но которыя по существу не понятія частнаго права, но общія понятія права. Надо ихъ во всякомъ случаѣ освободить отъ специфически—частноправовыхъ элементовъ. Простое перенесеніе цивилистическихъ понятій и правилъ на почву госуд.-правовыхъ отношеній, какъ извѣстно, недостаточно для правильнаго познанія послѣднихъ; цивилистическая обработка госуд. права — превратна". Дальше Лабандъ мотивируетъ перенесеніе единствомъ права и тѣмъ прогрессомъ, котораго достигла научная обработка частнаго права.

Какъ ни длинна эта выдержка, но для всякаго публициста она до сихъ поръ представляетъ чрезвычайный интересъ: во-первыхъ, потому что это первая попытка дать связное ученіе о юридическомъ методѣ въ государственномъ правѣ, попытка тѣмъ болѣе значительная, что немногимъ только раньше въ цивилистикѣ была сдѣлана впервые же „правильная постановка и обстоятельное изслѣдованіе вопроса о пріемахъ юридической догматики" [1]), осложненная конструированіемъ особыхъ „юридическихъ организмовъ", отъ чего Лабандъ остался совершенно свободнымъ; во-вторыхъ потому что эта попытка и до сихъ поръ представляется почти единственной связной попыткой, если не считать отрывочныхъ указаній, разсѣянныхъ въ трактатахъ по госуд. праву [2]).

---

[1]) Слова Е. В. Васьковскаго, op. cit., стр. 350, о Р. Іерингѣ. См. его статью „Наши задачи" переведенную въ Юридич. Вѣстникѣ", Августъ, 1883 г.

[2]) H. Kelsen вовсе не касается вопросовъ догматической методологіи; Еллинекъ же, какъ и другіе, ограничи-

Конечно, въ данный моментъ эта попытка должна быть признана недостаточной. Вопросъ о критикѣ и провѣркѣ подлинности, центральный и сложный вопросъ о толкованіи у Лабанда обойдены молчаніемъ; ученію о логическомъ развитіи принциповъ посвящено болѣе всего вниманіе; но вопросъ о догматической переработкѣ матеріала удостоенъ не только совершенно незаслуженнымъ невниманіемъ, но и пріобрѣлъ, т. с. „ссылочный" характеръ.

Laband прекрасно, повидимому, чувствуетъ колоссальную трудность предстоящей работы, и, какъ бы укрѣпляя свою позицію, устанавливаетъ, во-первыхъ, связь публицистическихъ конструкцій съ цивилистическими категоріями; во-вторыхъ, бросаетъ нѣсколько туманную фразу о невозможности созданія новаго правового института, котораго нельзя было бы ввести въ рамки установившихся юридическихъ понятій [1]). Этимъ то двумъ вопросамъ и суждено было въ первую очередь подвергнуться обсужденію. Не вдаваясь въ подробности полемики, я долженъ сказать, что эти вопросы уже перестали быть острыми и относительно ихъ установилось до нѣкоторой степени единомысліе.

Въ частности по вопросу *о соотношеніи категорій публичнаго и частнаго права* и о законности перенесенія ихъ изъ одной отрасли въ другую—что было многими указано и подчасъ ядовито высмѣяно,

---

вается нѣсколькими фразами. См. „Общее ученіе о государствѣ", стр, 32—33.

[1]) Laband. St-cht, Vorvort, S. VI: „Die Schaffung eines neuen Rechtsinstitutes, welches eines höheren und allgemeineren Rechtsbegriff überhaupt nicht untergeordnet werden kann, gerade so unmöglich wie die Erfindung einer neuen logischen Kategorie oder die Entstehung einer neuen Naturkraft".

какъ „подарки цивилистики“ нецивильныхъ конструкцій (по адресу Gerber'a и др.)—можно считать общепринятымъ взглядъ формулированный самимъ Laband'омъ [1]).

Такъ, напр., *Еллинекъ*, который и раньше энергично протестовалъ противъ некритическаго заимствованія понятій и аналогій гражданскаго права [2]), въ своемъ послѣднемъ крупномъ трудѣ пишетъ: „Простое, чуждое критики перенесеніе гражданско-правовыхъ понятій въ публичное право безъ сомнѣнія представляется методологической ошибкой, хотя существуютъ юридическія формы, общія всѣмъ областямъ права. Тѣмъ не менѣе точно также нельзя говорить о гражданско-правовомъ или государственно-правовомъ методѣ, какъ въ естествознаніи о совершенно самостоятельномъ химическомъ или механическомъ методѣ. Единый юридическій методъ долженъ, напротивъ,—какъ и всякій другой методъ—приспособляться къ особенностямъ подлежащаго изученію объекта. Публичныя права и правоотношенія по своей природѣ отличны отъ частныхъ. Всякое научное юридическое изслѣдованіе должно не стирать

---

1) „Geschenk der Zivilistik“ — выраженіе O. Gierke, Labands Staatsrecht, S. 1192, 1120 — 1125; Гессенъ, op. cit., стр. 132—133; Камбуровъ, В. Г. Юридическ. методъ въ государствовѣдѣніи, стр. 146, „Ж. М. Ю.“, 1903, № 7; Кокошкинъ, Ѳ., op. cit., стр. 5; Прутченко, С. М., op. cit., стр. 209, 217, 221 — 223; Jellinek, G. Die Lehre von den Staatsverbindungen, S. 179 — 180, Wien, 1882; Bernatzik. Ueber den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörde inbesondere, Archiv für öffentl. Rechte, B. V; Kelsen, H., Hauptprobleme, S. 269—270, Vorrede, X; Larnaude, F. Préface, p. 7—8 къ франц. изд. Laband'a „Das Staatsrecht“; Его-же. Les mèthodes juridiques, p. 38—39 и др.

2) См. пред. прим.

это различіе матеріала, а считаться съ нимъ. Тотъ фактъ, что это не всегда соблюдается, ничего не говоритъ противъ единства метода, а доказываетъ только, что онъ не всегда правильно примѣняется" [1]). Почти въ тѣхъ же словахъ говоритъ о взаимоотношеніи Larnaude, Гессенъ, Кокошкинъ и др. H. Kelsen же считаетъ методологически невѣрнымъ даже „практически-казуистическій" принципъ раздѣленія права на jus publicum и jus privatum потому, что „все объективное право служитъ публичнымъ интересамъ общенія и—если стать на точку зрѣнія законодателя—только для этой цѣли и обнародывается" [2]). Становиться же на противоположную точку зрѣнія т. е. на точку зрѣнія субъекта, подчиненнаго велѣніямъ объективнаго права, немыслимо, ибо тогда надо было бы признать, что объективное право функціонируетъ въ интересахъ отдѣльнаго лица [3]). Считая, что при формально логическомъ методѣ цѣлевой моментъ не можетъ служить основаніемъ дѣленія, Kelsen даетъ иное основаніе: „чисто формальная систематика объективнаго права... дѣлитъ его, согласно *специфически формально-правовой функціи обязыванія,* на нормы, обязывающія только государство („Staatsperson") и на нормы, обязывающія также и остальныхъ субъектовъ. Можно назвать нормы, обязывающія государство, государственнымъ правомъ. Но не надо забывать, что все право—государственное право, что государственное право есть широкое понятіе, которое включаетъ въ себя всѣ остальныя возможныя виды правоположеній... Право-

---

[1]) Еллинекъ. Общ. уч. о госуд., стр. 32—33.
[2]) Kelsen, H. Hauptprobleme, S. 269.
[3]) Ibidem, S. 269.

обязанность государства наказывать и взыскивать формально-юридически ничѣмъ не отличается отъ призрѣнія бѣдныхъ, строительства желѣзныхъ дорогъ, уплаты жалованья чиновникамъ, введенія обученія, заботы о здоровьи подданныхъ, веденія войнъ и т. п., и можетъ, даже должна разсматриваться подъ угломъ зрѣнія административнаго и конституціоннаго права" [1]).

Какъ видно, Kelsen вновь подымаетъ вопросъ, который въ Англіи уже давно разрѣшенъ въ пользу монизма [2]), на континентѣ въ пользу дуализма права. Нельзя не признать, что со строго методологической, формально-юридической точки зрѣнія, принимая за основаніе классификаціи субъекта правообязанности, все же можно условно (какъ это дѣлаетъ и Kelsen) различать отрасли права. Для доказательства своего тезиса „Alles Recht ist Staatsrecht" Kelsen дѣлаетъ маленькую подстановку. Согласно господствующему воззрѣнію объективное право есть воля законодателя, выраженная въ надлежаще-изданной формѣ. Законодателемъ признается теперь государство, такъ какъ государству, а не кому другому принадлежитъ суверенитетъ. Слѣдовательно, объективное право есть объективированная воля государства. А это послѣднее по Kelsen'у есть государственное право въ широкомъ смыслѣ слова. Получается тождество: государственное право—объективное право.

Но если оставить крайній взглядъ Kelsen'a, то communis opinio doctorum гласитъ, что если и есть частное и публичное право, то все же они сливаются въ высшемъ родовомъ единствѣ *права.* Юридическій

---

[1]) Kelsen, op. cit., S. 269—270.
[2]) Гессенъ, op. cit., стр. 132—133.

методъ есть особый видъ научной систематизаціи *именно права*, какъ нормативнаго сужденія, къ которому примѣнимы особыя пріемы первичной провѣрки, толкованія, аналитическаго расчлененія, синтеза правовыхъ принциповъ и абстрагированія понятій и т. п., т. е. особая разновидность нормативнаго, догматическаго, деонтологическаго и т. п. метода, оперирующаго съ аксіомами должнаго въ религіи, эстетикѣ, этики [1]). *Послѣдующее различіе правового матеріала ведетъ и къ послѣдующему обособленію элементовъ, выводовъ, а съ ними вмѣстѣ и конструкцій юридическихъ категорій.* Позиція, на мой взглядъ, безупречная и очевидно *не она могла привести къ кризису юридическій методъ.*

Мы указали, что *вторымъ пунктомъ, который былъ предметомъ энергичной полемики*, была двусмысленная фраза P. Laband'а: „Созданіе новаго правового института, котораго вообще нельзя было бы подчинить высшимъ и общимъ правовымъ понятіямъ, столь же невозможно, какъ нахожденіе новой логической категоріи или возникновеніе новой силы природы".

Если вдуматься въ эту фразу въ контекстѣ съ предыдущими и послѣдующей, то она ничего особаго не представляетъ. Буквальный смыслъ ея тотъ, что всякій правовой институтъ можетъ быть дагматизированъ; и подобно тому какъ въ природѣ и логикѣ имѣются всѣ силы и всѣ категоріи (познанные или нѣтъ нами—это другой вопросъ) и появленіе новой было бы чудомъ, не гармонирующимъ съ физическимъ

[1]) Петражицкій, Л. І. Введеніе, стр. 66—135; Теорія, гл. І и др.; Рейснеръ, М. А., Государство, т. І, гл. ІІ; Kelsen, Hauptprobleme, SS. VI—VII, 5 u. and; а также трактаты по логикѣ Зигварта и Вундта.

міровоззрѣніемъ, точно также и появленіе правового института, котораго нельзя было бы подвергнуть догматической обработкѣ, немыслимо и невозможно. Возможно (и имѣетъ за собой основаніе) нѣсколько иное толкованіе. А именно можно признать, что Laband утверждаетъ возможность сведенія всякаго новаго правового института къ категоріямъ, выработаннымъ догматикой частнаго права. Но даже такому пониманію противорѣчитъ предостереженіе Laband'а противъ „цивилистической обработки государ. права". Конечно, принимая послѣднее толкованіе, мы могли бы сказать, что утвержденіе слишкомъ смѣло и бездоказательно, а поэтому и оставить его безъ разсмотрѣнія или наоборотъ, подвергнуть провѣркѣ и опроверженію.

Однако фраза Laband'а была истолкована совсѣмъ иначе. Ей былъ приданъ смыслъ *постулята внутренняго совершенства положительнаго права* [1]), т. е. утвержденія, что въ полож. правѣ нѣтъ пробѣловъ. Не говоря уже о томъ, что весь трудъ Laband'а есть полное опроверженіе такого взгляда, ибо ему неоднократно путемъ т. н. логическаго развитія права приходилось пополнять пробѣлы конституціи, этому же противорѣчитъ его признаніе совершающагося усложненія правоотношеній, для которыхъ необходимо на основаніи конституціи выработать общія начала и руководящіе принципы (выше см.). Позднѣе, какъ

---

[1]) Камбуровъ, В. Г., op. cit., стр. 154, 157; Штейнбергъ, А. З. Конституціонная жизнь и юридическій методъ въ „Журн. Мин. Юстиціи", 1912 г., № 3, стр. 72; Ивановскій, В. В. Юридическій методъ въ полит. наукахъ, „Журн. Мин. Юстиціи", № 2, 1902 г., стр. 54; Прутченко, С. М., op. cit., стр. 217; O. Gierke, op. cit., S. 1191 — 1192; H. Preuss. Zur Methode juristischer Begriffskonstruction, Jahrbuch für Gesetzgebung". B. XXIV, S. 359—360; Deslandres, Jellinek и др.

увидимъ, Laband даже будетъ говорить объ измѣненіи и пополненіи конституціи путемъ правообразованій, выходяшихъ за предусмотрѣнныя закономъ рамки [1]).

Несмотря на то, что, насколько мнѣ извѣстно, ни одинъ публицистъ—догматикъ германской школы не пытался практически усвоить принципъ совершенства положительнаго права, тезисъ этотъ подвергнулся жестокому нападенію и послужилъ основаніемъ для сближанія германской школы со школой естественнаго права. Но сближаніе это возможно cum grano salis. Въ раціоналистической концепціи права пробѣловъ быть не можетъ по той причинѣ, что каждое правоположеніе дедуцировано изъ верховнаго понятія, что каждое правоположеніе есть одна изъ посылокъ грандіозной цѣпи умозаключеній; или иначе: такъ какъ въ верховномъ понятіи содержится все то, что можетъ быть раскрыто въ частномъ положеніи, то и обратно: въ частномъ правоположеніи не можетъ быть ничего больше, чѣмъ въ верховномъ. Догматикъ же положительнаго права не можетъ принять такой предпосылки хотя бы потому, что у него есть предварительная сложная работа толкованія и критики, произведши которую едва ли можно было бы сказать, что въ положительномъ правѣ имѣется то внутреннее единство, которое безусловно дано раціоналисту. Но помимо того всякій позитивистъ-догматикъ скоро убѣждается, что положительному праву далеко не достаетъ такого совершенства. Для этого достаточно сдѣлать самый поверхностный логическій и историческій

---

[1]) Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung. 1895.

анализъ его [1]). И въ этой части научной работы предпосылка совершенства не привилась и не понималась, по крайней мѣрѣ, виднѣйшими представителями юридической школы Германіи. Что же касается конструктивной части, то, какъ мы видѣли, здѣсь еще доминируетъ раціоналистическій методъ и предпосылки единства конструкціи, развитія ея изъ верховнаго понятія („господства“) и т. п. Очевидно, что, поскольку такая конструкція есть развитіе veluti filo единой мысли, то пробѣлы въ ней совершенно немыслимы и невозможны, такъ какъ это были бы логическіе скачки, недопустимые при признаніи логическаго единства конструкціи. Въ этомъ духѣ по крайней мѣрѣ высказался Bornhak который, заявляя, что „пробѣлы въ правомъ строѣ немыслимы“, понимаетъ подъ „правовымъ строемъ“ научно-систематизированное право к. л. государства [2]).

Вопросъ этотъ, во всякомъ случаѣ, очень серьезнаго значенія не игралъ въ развитіи юридическаго метода германской школы и такое отношеніе къ нему свидѣтельствуетъ въ достаточной мѣрѣ, что *и не онъ привелъ къ кризису юридическій методъ*.

Ту же судьбу долженъ раздѣлить *и вопросъ о юридич. методѣ, какъ единственномъ методѣ изученія государства*. Надо сказать, что я лично не встрѣчалъ въ литературѣ юридической школы прямого и категорическаго заявленія о самодостаточности догмы госуд. права и невозможности другихъ наукъ о государствѣ. И тотъ „грѣхъ превращенія спеціальности

[1]) См. превосходный трудъ J. Kruet. La vie du droit et l'impuissance de lois. Paris. Ed. Flammarion. 1908, а также Zittelman. Die Lücken im Recht, 1903.

[2]) Bornhak. Die preussische Staatsrecht, B. III. 1890, S. 598, см. Штейнбергъ, ук. соч., стр. 72.

въ философію", въ которой яко-бы впали послѣдователи Gerber'а и о которомъ убѣдительно говорятъ П. И. Новгородцевъ [1]) и Ѳ. В. Тарановскій [2]), а по мнѣнію Дэляндра, и вся школа—для меня нѣсколько непонятенъ. Ни у Gerber'а, ни раньше его, ни послѣ него я не встрѣчалъ принципіальныхъ противниковъ возможности не—юридическаго изученія государства.

Конечно, если бы юридическій методъ покоился на принципѣ самодостаточности и исключенія всякаго другого способа изученія государства, то всякая попытка политическаго и соціальнаго изученія подрывала бы подъ нимъ почву. Не удивительно, конечно, что при современномъ почти паническомъ стремленіи къ соціологіи и политикѣ въ государствовѣдѣніи, наступилъ бы несомнѣнный кризисъ юридическаго ме-

---

[1]) П. Новгородцевъ. Государство и право. „Вопросы психологіи и философіи"; 1904 г., 74—75, стр. 403.

[2]) Ѳ. В. Тарановскій. Юрид. мет., на стр. 330—331 говоритъ, что упомянутый „грѣхъ" „всецѣло тяготѣетъ на послѣдователяхъ Гербера". Здѣсь какое-то недоразумѣніе или же опечатка автора. На стр. 248—249 онъ рѣшительно заявляетъ: „Воображать, что юридическій методъ является единственнымъ путемъ изученія госуд. отношеній, было бы величайшимъ заблужденіемъ. Исторія *науки никогда не отводила ему такого исключительнаго положенія;* мало того, она *не знаетъ ни одного примѣра подобныхъ непомѣрныхъ притязаній* со стороны какого-либо представителя публично-правовой догматики" (Курсивъ мой). Въ примѣчаніи къ первой изъ приведенныхъ фразъ онъ выражается еще рѣшительнѣй: „Новѣйшій критикъ юридическаго метода М. Деландръ занимается тѣмъ, что доказываетъ несостоятельность его въ качествѣ *единственнаго и основного* метода политической науки. Такая постановка вопроса можетъ быть лишь слѣдствіемъ полнаго незнакомства съ исторіей нѣмецкой науки. См. мой разборъ сочин. M. Deslandres'a. La crise de la science politique et le problème de la méthode въ *Журн. Мин. Нар. Пр.*, іюнь 1903 г. отд. Критики и библіогр., стр. 238" (Курсивъ подлин.). Совершенно непонятно, какъ черезъ 100 страницъ авторъ, повторяя П. И. Новгородцева, упрекаетъ юр. школу въ „грѣхѣ", котораго она никогда не дѣлала.

тода. Но повторяю, подобнаго утвержденія мнѣ нигдѣ не удалось найти [1]) и поэтому *совершенно невозможно установить причинную зависимость между современнымъ кризисомъ и несуществующимъ утвержденіемъ исключительности догмы* [2]). Мало того подобная точка зрѣнія à priori была бы неправильна, такъ какъ нѣтъ никакихъ основаній утверждать изолированность права отъ всѣхъ другихъ явленій реальнаго міра, по отношенію къ которымъ примѣнимы объяснительныя или теоретическія и цѣлевыя или телеологическія дисциплины [3]). Подобное равенство всѣхъ трехъ точекъ зрѣнія по отношенію къ праву и государству въ германской наукѣ развиваетъ еще знаменитый Неттельблядтъ [4]), а въ новѣйшее время въ

---

[1]) Паліенко, Н. И. Op. cit., стр. 7, прим. 1: „Что государствовѣдѣніе не исчерпывается юридическимъ изученіемъ государства утверждали всегда и всѣ догматики госуд. права въ Германіи".

[2]) Каковую попытку сдѣлалъ M. Deslandres въ ук. соч.

[3]) На эту методологическую неправильность самой постановки вопроса указалъ Л. І. Петражицкій въ засѣданіи Пет. Юрид. Общ. при обсужденіи доклада В. М. Гессена „О юридическомъ направленіи въ публичномъ правѣ" См. *Журналъ Юрид. Общества*, 1897, кн. 6. Въ заключит. словѣ В. М. Гессенъ, между прочимъ, сказалъ, что „на исторію онъ смотритъ, какъ юристъ ищущій въ ней объясненія настоящаго и провѣряющій ею свои научныя положенія", стр. 6.

[4]) Daniel Nettelbladt. Erörterungen einiger einzelnen Lehren des deutschen Staatsrechts. Halle i. M., 1773. SS. 8—9: „Wenn also gleich der Historicus, der Statist, der Publicist, der Politicus sich mit der Staatsverfassung beschäftigen, so bearbeitet doch ein jeder dieselbe auf eine besondere Art. Der Historicus erzählet die merkwürdigen Begebenheiten, welche in dieselbe einschlagen. Der Statist beschäftiget sich damit, dass er dieselbe, wie sie jetzo ist, oder in einem gewissen Zeitpunkt gewesen ist, vorstellet. Der Publicist lehret, was in Absicht, auf die Staatsvefassung des Staates dennen Gesetzen, und der Politicus was der Klugheit gemässist. Der Historicus und Statist haben mit Wirklichkeiten, der Publizist und Politicus mit Möglichkeiten zu thun". Цит. по Тарановскому. Юрид. мет., стр. 247—248.

Германіи она энергично его осуществляетъ [1]). Я не говорю о Франціи, Англіи и Россіи, гдѣ такой взглядъ всегда господствовалъ надъ крайностями увлеченія к. л. однимъ методомъ.

Т. о. въ конечномъ итогѣ мы должны признать, что ни юридическая конструкція [2]) понятій публичнаго права—теоретически осторожная, практически часто весьма рискованная (конструкціи у Laband'а Союзнаго Совѣта по типу собранія представителей акціонерной компаніи, парламента—какъ госуд. учрежденія и пр.) [3])—ни нѣсколько неясныя воззрѣнія на степень совершенства и логической стройности положит. права, ни, наконецъ, чрезмѣрное увлеченіе догматикой въ ущербъ прочимъ способамъ познанія государства,—*все это не могло привести юридическій методъ въ государствовѣдѣніи къ современному кризису.*

Теперь мы подошли *еще къ двумъ вопросамъ*, которые имѣютъ весьма существенное значеніе и которые по настоящій день находятся въ центрѣ научнаго обсужденія. Подходить къ нимъ мнѣ чрезвычайно трудно. На мой взглядъ, вниманіе, которымъ они пользуются основано на смѣнѣ общеметодологическихъ традицій и, чтобы поставить ихъ на путь правильнаго разрѣшенія, необходимо перейти къ во-

---

[1]) Назову хотя бы соціологическіе трактаты о государствѣ Gumplovicz'a, Fr. Oppenheimer'a (Der Staat, Frankfurt a. M. 1906 г.); къ тому же направленію близокъ Hatschek, отчасти Jellinek и др.; политическіе трактаты принадлежатъ перу Holzendorf'a, Stier-Sommlo, Schollenberger'a и др.

[2]) Васьковскій. Op. cit., стр. 345: „...Пріемъ пріуроченія новыхъ юридическихъ явленій къ существующей догматической системѣ обыкновенно называется *юридической конструкціей*".

[3]) Камбуровъ. Op. cit., стр. 151—157; Прутченко. Op. cit., стр. 226, 227, 228, 229 и др.

просу объ основанiи классификацiи наукъ. Задача, очевидно, выходящая за предѣлы данной темы. Поэтому я долженъ ограничиться только принципiальной постановкой вопроса и нѣсколько догматическимъ разрѣшенiемъ его.

Вопросы эти относятся къ элементамъ теорiи и политики въ догматикѣ государственнаго права. *Традицiонно догматика положительнаго права въ Германiи покоилась на выдѣленiи и полномъ обособленiи спецiальныхъ задачъ догматизацiи отъ исторiи, статистики и политики* [1]). Какъ уже видно было изъ цитированной фразы *Неттельблядта*, юристы еще въ XVIII вѣкѣ ясно сознавали, что „историкъ и статистикъ имѣютъ дѣло съ реальностями, публицистъ и политикъ съ возможностями“ [2]). Этотъ тезисъ развиваютъ и укрѣпляютъ виднѣйшiе юристы XIX вѣка Moser и Pütter [3]). Отличiе же политики отъ догматики покоилось на противоположенiи вопросовъ de lege lata и de lege ferenda т. е. принциповъ легальности и цѣлесообразности. Т. о., согласно традицiи догматики положительнаго права, классификацiя наукъ, изучающихъ государство, покоилась на различiи точекъ зрѣнiя, съ которыхъ изучалось государство. Если ученый искалъ причинъ извѣстнаго явленiя, объяснялъ его и т. п., то юристы говорили, что онъ оперируетъ „mit Wirklichkeiten“; если же научная дѣятельность заключалась въ томъ что юристъ говорилъ, какъ должно поступать, согласно положительной нормѣ, и для этого какъ бы проникался легально-нормативнымъ потокомъ созна-

---

[1]) См. Тарановскiй, Юрид. методъ, стр. 218 — 219, стр. 230 и др.

[2]) См. прим. 4 къ стр. 54.

[3]) Тарановскiй, op. cit., стр. 212—217.

нія, то юристы говорили о немъ, что онъ оперируетъ „mit Möglichkeiten“ de lege lata; если же онъ, беря норму за объектъ сущаго и оцѣнивая ее сообразно своему идеалу или насущной политической цѣли, указывалъ къ чему и какимъ образомъ надо итти, то въ данномъ случаѣ онъ оперировалъ тоже „mit Möglichkeiten“, но уже de lege ferenda.

Не надо думать, конечно, что принципъ всегда былъ тождественъ дѣйствительности, что юристы были методологически-послѣдовательны до конца. У нихъ также часто смѣшивались элементы догмы, политики и теоріи, но во всякомъ случаѣ въ принципѣ они обособлялись. Впрочемъ, исторія, благодаря свойствамъ положительнаго права, и органически входила въ догму, но какъ? Она играла служебную роль [1]), будучи средствомъ установленія положительнаго права и пріемомъ реальнаго толкованія.

Laband остается вѣрнымъ методологическимъ традиціямъ. Въ предисловіи къ *первому* изданію „госуд. права, германской имперіи“ онъ формулируетъ положительно задачу догмы госуд. права, какъ „пониманіе самой конституціи, познаніе основныхъ принциповъ ея, а также научное овладѣніе вновь созданныхъ правовыхъ институтовъ“; въ предисловіи ко *второму* изданію онъ еще рѣзче формулируетъ эту задачу: „Научная задача догматики опредѣленнаго положительнаго права состоитъ въ конструкціи юридическихъ институтовъ, сведеніи отдѣльныхъ правоположеній къ болѣе общимъ понятіямъ и въ выводѣ изъ этихъ понятій вытекающихъ изъ нихъ слѣдствій“. Но здѣсь же онъ и отрицательно очерчиваетъ задачу юриста: „Всѣ историческія, политическія и философскія раз-

---

[1]) Тарановскій, op. cit., стр. 218.

смотрѣнія права, какъ бы цѣнны они ни были сами по себѣ, безразличны для догматики конкретнаго правового матеріала и служатъ часто лишь къ прикрытію недостатковъ конструктивнаго метода". То же самое мы находимъ и въ его рецензіи на трудъ O. Meyer'а Teorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1882. [1]).

Традиціонная позиція, занятая Laband'омъ была усвоена немногими послѣдователями юридическаго направленія, изъ которыхъ виднѣйшимъ представляется Ph. Zorn. [2]). Однако, параллельно этимъ методологическимъ традиціямъ въ Германіи развивалось другое теченіе, извѣстное подъ именемъ историко-органической школы. Эта школа исходила изъ принципіально другого взгляда на классификацію наукъ и на методы ихъ разработки. Держась также не менѣе традиціоннаго взгляда на дѣленіе наукъ на гуманитарныя и естественныя, она полагала, что гуманитарныя науки, изучающія сознательную творческую дѣятельность человѣка, имѣющія объектомъ царство человѣческихъ цѣлей, должны изучать этотъ объектъ во всей его многогранности, во всемъ органически слитомъ порядкѣ вещей. Корифеями этого направленія и современниками Laband'а и Zorn'а являются Блюнчли и Гирке.

Столкновеніе этихъ двухъ школъ собственно уже отразилось на Іерингѣ, но Іерингъ работалъ въ другой области и его сочиненія имѣютъ для догмы госуд.

---

[1]) „Archiv für öffentl. Rechts", B. II, SS. 149—162, ср. также Горбуновъ, А. Методологическія основы дисциплинъ изучающихъ дѣятельность государства. I Часть историческая, Москва, 1906, стр. 209.

[2]) Dr. Ph. Zorn. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. B. I, 1880.

права лишь принципіальное значеніе. Впервые синтетизируютъ оба спорящихъ направленій Iellinek и Haenel. Для насъ болѣе интересенъ первый, такъ какъ онъ гораздо ближе подходитъ къ Laband'у и считается однимъ изъ корифеевъ юридическаго направленія. Какъ совершенно вѣрно отмѣтилъ С. М. Прутченко, согласованіе обоихъ спорящихъ направленій „не легко удалось упомянутымъ ученымъ, вызвавъ въ ихъ міровоззрѣніи по нѣкоторымъ вопросамъ глубокое мучительное, можетъ быть для самихъ авторовъ, духовное раздвоеніе“ [1]),

И дѣйствительно, реакція со стороны Еллинека противъ увеличенія „формально-логическими“ построеніями проявляется еще въ „Die Lehre von der Staatsverbindungen. Wien. 1882“ [2]); чувствуется эта реакція и развивается въ „Gesetz und Verordnung“, о чемъ свидѣтельствуютъ богатыя и многочисленныя историческія экскурсы, но вскорѣ онъ уже и expressis verbis заявляетъ объ огромномъ значеніи для юриста исторіи и необходимости всесторонняго освѣщенія права, которое только и можетъ спасти юридическое направленіе отъ „безплодной схоластики“ [3]).

Чтобы опредѣлить откуда идетъ это положеніе о необходимости для юриста исторіи и, какъ увидимъ,

---

[1]) Прутченко, С. М., op. cit., стр. 255.

[2]) Ср. особенно стр. 412.

[3]) Dr. G. Jellinek. System der subjectiven öffentlichen Rechte. Freiburg i. B. 1892. S. 18, Anmerkung: „Die Selbstständigkeit der Rechtsdogmatik scharf betont von Laband Staatsrecht d. d. Reiches, 2 Aufl. Vorrede XI — XII. Allärdings wird aber Laband in seinen Ausführungen der Bedeutung nicht gerecht. Die Kenntniss der historischen Voraussetzungen und der allseitigen Beziehungen eines Rechtssatzes ist für die juristische Construction selbst von der grossten Bedeutung, nur dadurch kann die Jurisprudenz von unfruchtbarer Scholastik gehütet werden“.

политики, намъ надо обратиться къ тому мѣсту, гдѣ Jellinek говоритъ объ объектѣ догматизаціи. Указавъ на то, что юристъ не можетъ и не долженъ познавать „естественное бытіе“ и „естественные законы“, но что онъ познаетъ нормы, должное, правила, которымъ подчиняется практическая жизнь людей, онъ ближе характеризуетъ этотъ объектъ, какъ „міръ человѣческихъ интересовъ и страстей, которыхъ законъ долженъ ограничить и привести въ гармонію. Это міръ человѣческихъ цѣлей и цѣнностей, въ которыхъ система права имѣетъ свое мѣсто“ [1]).

Если бы даже не было „Общаго ученія о государствѣ“ Еллинека, то уже по этой и слѣдующимъ фразамъ его не трудно было бы сказать, въ какой философской доктринѣ надо искать корни „объектной“ классификаціи наукъ и того методологическаго эклектизма, которому она дала философское обоснованіе. Но самъ Еллинекъ дѣлаетъ излишнимъ этотъ трудъ, ясно указывая на школу Виндельбанда-Риккерта [2]), какъ фундаментъ своихъ методологи-

---

[1]) Jellinek. System, S. 15: „Die Jurisprudenz will und kann nicht ein Naturdasein erkennen, nicht Naturgesetze, die mit unwiderstehlicher Macht wirken, constatieren, sondern ihre Aufgabe ist es, Normen zu erfassen, die hypothetischen, kein Müssen, sondern ein Sollen zum Inhalt habenden Regeln, welche das practische Leben des handelnden Menschen beherschen. Jhre Objekt sind daher nicht Concreta, sondern Abstracta, Begriffe und Regeln, die nur verständlich werden, wenn man das Treiben der Welt kennt, in welche der practische Mensch hineingestellt ist, eine Welt menschlicher Interessen und Leidenschaften, die in Schranken gebannt und in Harmonie Gesetz werden sollen. Es ist die Welt menschlicher Zwecke und Werthe, in welcher das Rechtssystem seine Stelle hat.

[2]) Windelband. Normen und Naturgesetz, in Praeludien, Freiburg i. B. 1884 (есть русскій переводъ). Rickert Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 1898. Его-же. Границы естественно-научнаго образованія понятій, Спб. 1903 г.

ческихъ построеній [1]). Дѣйствительно эта школа для юристовъ дѣлаетъ возможнымъ своеобразное сочетаніе формально-логическаго и историко-органическаго направленія, вводя ихъ въ состояніе „мучительнаго, духовнаго раздвоенія", какъ мѣтко охарактеризовалъ С. М. Прутченко результаты классификаціи по методу и объекту научнаго изслѣдованія.

Въ самомъ дѣлѣ, достаточно взглянуть уже на первыя послѣдствія такого „синтетическаго" направленія, чтобы убѣдиться, что „первородный грѣхъ ляжетъ печатью на тысячи родовъ". Такъ, напр., Еллинекъ по поводу принимаемой имъ классификаціи говоритъ: „основанная на природѣ объектовъ изученія тѣсная связь различныхъ научныхъ положеній дѣлаетъ невозможнымъ полное, заключенное въ точные предѣлы отграниченіе каждой дисциплины" [2]), а вмѣстѣ съ тѣмъ: „думать, что можно методъ одной дисциплины примѣнить къ другой — значитъ грѣшить безразсудной путанностью мысли" [3]); дальше: „всѣ методы опредѣляются или модифицируются своеобразной природой ихъ объектовъ" [4]) кромѣ того: „мы исходимъ изъ традиціоннаго основного раздѣленія наукъ на естественныя и гуманитарныя, несостоятельность котораго, впрочемъ, ясно обнаруживается"... [5]) и несмотря на это: „раздѣленіе и противупоставленіе" соціальнаго ученія о государствѣ и юридическаго „основано на различіи господствующихъ

---

[1]) Еллинекъ. Общее ученіе о государствѣ, стр. 1, 16 и др. Ср. отзывъ Б. Кистяковскаго въ его предисловіи къ русскому переводу Еллинека, Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія, стр. XVII, Спб. 1907 г.

[2]) Еллинекъ, Общее ученіе о государствѣ, стр. 4.

[3]) Ibidem, стр. 46.

[4]) Ibidem, стр. 46.

[5]) Ibidem, стр. 47.

въ обѣихъ областяхъ методовъ“ [1]). Явный circulus vitiosus: предметъ опредѣляетъ методъ, потому что методъ опредѣляетъ объектъ. Дальше, ученіе о государственномъ правѣ есть одновременно и наука теоретическая [2]), сообразно чему къ ней приложенъ типологическій пріемъ изученія [3]), и въ то же время „правовѣдѣніе не есть... наука о законахъ существующаго, а наука нормативная“ [4]). Мы видѣли, что противупоставленіе соціальнаго и юридическаго ученія о государствѣ „основано на различіи методовъ“, но оказывается, что оно „основано на различіи объекта“: „содержаніемъ перваго является фактическое, историческое или какъ не совсѣмъ правильно выражаются—естественное бытіе государства, второго—тѣ юридическія нормы, которыя должны найти свое выраженіе въ этомъ реальномъ бытіи“ [5]). а еще нѣсколькими строками ниже оказывается, что „юридическія нормы имѣютъ двойственный характеръ: онѣ являются не только чѣмъ то должнымъ, но и чѣмъ то существующимъ“ [6]). То же самое и съ вопросомъ о политикѣ. Въ силу объектной методологіи „государственно-правовая теорія (!) должна т. о., если она не желаетъ уклониться отъ правильнаго пути, постоянно имѣть въ виду реальную политическую жизнь“ [7]) иначе она, помимо научныхъ задачъ, „не выполнитъ лучшей части своего призванія“— „содѣйствія... проложенію пути лучшему будущему“, и однако же „реальностью“ является фикція, ибо „политика признаетъ какъ право, не существующее,

[1]) Ibidem, стр. 7.
[2]) Ibidem, стр. 5—6.
[3]) Ibidem, стр. 26.
[4]) Ibidem, стр. 36.
[5]) Ibidem, стр. 12.
[6]) Ibidem, стр. 12.
[7]) Еллинекъ. Op. cit., стр. 11.

а должное“ [1]), а самъ авторъ очевидно „уклоняется съ правильнаго пути“ заявляя: „наше изложеніе мы ограничиваемъ, наконецъ, исключеніемъ изъ него политики“ [2]) и ставя въ упрекъ юридической школѣ то, что она оперировала положеніями не юридическаго, а политическаго характера [3]), и выставляя програмный тезисъ: „созданіе объективной публицистической науки“ [4]) и пр. и пр.

Не удивительно, что при такомъ крайнемъ противорѣчіи въ основныхъ взглядахъ, эта противорѣчивость проходитъ красной нитью черезъ весь трудъ; причемъ даже затруднительно понять, какимъ образомъ соціальное ученіе о государствѣ можетъ „примыкать“ къ юридическому, чѣмъ соціальное отличается отъ юридическаго и проч. [5]). Однако, несмотря на непрочность этой методологической позиціи, большинство авторовъ высказались въ пользу нея и примкнули къ ней [6]). Лишь въ самое послѣднее время Dr. Hans Kelsen „предпринимаетъ трудъ, основанный на ревизіи методологическихъ основъ, съ цѣлью переработать важнѣйшія области общаго ученія о государствѣ“ [7]). „Вчиненный мною actio finium regun-

---

[1]) Ibidem, стр. 12.
[2]) Ibidem, стр. 14.
[3]) Ibidem, стр. 41.
[4]) Ibidem, стр. 41.
[5]) См. Ивановскій, В. В. Новый трактатъ о государствѣ. „Ж. М. Ю.“, май, 1901 г.; цѣнныя замѣчанія также у С. И. Живаго. Запросы жизни и формализмъ въ наукѣ госуд. права, „Научное Слово“, 1903, кн. IX—X.
[6]) См. отзывы Гессена, op. cit., стр. 127, 128 и сл.; Прутченко, С. М., op. cit., стр. 255 и сл.; Штейнберга, А. С., op. cit., стр. 112—114 и сл., Larnaude'a и др.
[7]) Kelsen. Hauptprobleme, Vorrede, III: „Das Buch unternimmt es, gestutz auf eine Revision der methodologischen Grundlagen, gewisse wichtige Gebiete der allgemeinen Staatsrechtslehre zu bearbeiten“.

dorum—говоритъ онъ—преслѣдуетъ совершенно опредѣленную цѣль: освободить юридическое образованіе понятій отъ элементовъ соціологическаго или психологическаго характера, которые втиснуты въ него лишь благодаря ложной постановкѣ проблемы“ [1]). Касаясь въ частности вопроса объ исторіи и ея отношеніи къ нормативной наукѣ, онъ рѣшительно заявляетъ, что ей тамъ мѣста нѣтъ [2]). Не менѣе рѣшительно высказывается онъ и по вопросу о политикѣ, цѣли нормы и ея значенія для нормативной науки. Будучи послѣдователенъ, онъ говоритъ, что для „специфическаго значенія нормы—„должно“ реализація цѣли ея не имѣетъ значенія“ [3]). Но этимъ онъ вовсе не говоритъ, что цѣлевыхъ и теоретическихъ наукъ нѣтъ и быть не можетъ. „Наоборотъ! Таковыя необходимы; но юристъ долженъ себя постоянно и сознательно останавливать тѣмъ, что какъ соціологъ, психологъ или историкъ онъ слѣдуетъ по совершенно иному пути, чѣмъ тотъ, который ведетъ его къ своему специфически-юридическому познанію. Онъ никогда не долженъ результаты своего экспликативнаго разсмотрѣнія переносить въ юридическую конструкцію понятій“ [4]).

Такова позиція, которую занимаетъ Kelsen, возобновляя старыя методологическія традиціи германскихъ догматиковъ. Ясности и чистотѣ его построеній способствуетъ еще то обстоятельство, что онъ, хотя формально какъ бы примыкаетъ къ школѣ Риккерта-Виндельбанда, но всѣмъ своимъ трудомъ доказываетъ, что тамъ онъ взялъ только одно, но очень цѣнное:

---

[1]) Ibidem, S. V; Его-же. Grenzen, SS. 5, 7 u. a.
[2]) Ibidem, S. VII.
[3]) Ibidem, S. 14.
[4]) Ibidem, S. 42.

воззрѣніе на норму, какъ на чистое долженствованіе. Въ своихъ трудахъ онъ съ поразительною послѣдовательностью, не останавливаясь ни передъ чѣмъ, проводитъ чисто-нормативный методъ. Но оперируетъ онъ не съ конкретнымъ положительнымъ правомъ, не съ принципами, добытыми сравнительно догматическимъ путемъ, а, если такъ можно выразиться, онъ все время витаетъ въ сферѣ метафизики права. Это образецъ чисто конструктивной работы, всѣ положенія которой выведены veluti filo изъ понятія нормы.

Таковы важнѣйшіе этапы, пройденные вопросами о политикѣ и исторіи въ связи съ эволюціей юридическаго направленія въ госуд. правѣ. Однако, какъ ни важенъ вопросъ о классификаціи наукъ и объ основаніи такой классификаціи, тѣмъ не менѣе можно съ увѣренностью сказать, что догма всякой отрасли права, при небольшихъ модификаціяхъ, сохранитъ тѣ пріемы и способы разработки права, которыя она выработала многовѣковыми усиліями. Въ этомъ отношеніи всякое спеціальное изслѣдованіе по методологіи догматики права можетъ только систематизировать и рафинировать давно примѣняемыя и твердо установившіеся пріемы. И если съ строго научной точки зрѣнія заслуживаетъ несомнѣннаго предпочтенія трихотомія наукъ по задачѣ и методу (теоретическія, практическія и прикладныя науки); если при такой классификаціи пріемы догматической разборки въ чистомъ видѣ вмѣщаются въ ней и она какъ бы служитъ имъ оправданіемъ и обоснованіемъ; если, наконецъ, историческіе и политическіе элементы при этой классификаціи исключаются, какъ самостоятельныя части, изъ догмы или нормативной науки,—то, съ другой стороны, нетрудно убѣдиться, что *догматикъ, даже будучи вѣр-*

нѣйшимъ почитателемъ объектной методологіи, въ концѣ концовъ принужденъ будетъ свою работу поставить въ совершенно опредѣленныя рамки, гдѣ нѣтъ мѣста ни исторіи, ни политикѣ, какъ равноправнымъ съ нормой объектамъ.

Въ самомъ дѣлѣ, приверженецъ любой философской доктрины согласится, что юристъ оперируетъ съ нормами и что его задача систематизировать ихъ, извлечь принципы и логически развить ихъ для отдѣльныхъ казусовъ, а также путемъ синтеза изъ, полученныхъ аналитическимъ путемъ, элементовъ к.-л. правового института опредѣлить его и привести въ связь съ другими опредѣленіями. Цѣль всей этой операціи — удобство и легкость усвоенія огромнаго сырого матеріала, т. е. знаніе его, для практическаго примѣненія [1]).

Предположимъ теперь, что нормы даны, т. е. они *собраны.* Предположеніе это тѣмъ болѣе возможно, что въ наше время трудъ собиранія беретъ на себя законодатель. Вторая операція юриста, какъ извѣстно, заключается въ *критикѣ,* т. е. юристъ обязанъ 1) установить подлинность нормъ и 2) провѣрить правильность ихъ текста Оставимъ вторую задачу (*низшую критику*) и обратимся къ первой. Высшая критика слагается изъ 2-хъ моментовъ: 1) изслѣдованіе подлинности нормы, т. е. установленіе факта, что норма исходитъ именно отъ того лица или учрежденія, которому она приписуется, и 2) удостовѣренія въ томъ, что норма имѣетъ законную силу, т. е. что она издана согласно закону, властью къ тому уполномоченной. Когда трудъ этотъ выполненъ,

---

[1]) Васьковскій, op. cit., стр. 371; Ивановскій, Юрид. мет., стр. 50; Паліенко, op. cit., стр. 87—88, 86, 4—5. Я не говорю здѣсь о причинахъ потребности въ догмѣ. О нихъ см. стр. 16 и прим. I.

юристъ приступаетъ къ толкованію и пр. Но, очевидно, что раньше чѣмъ онъ приступитъ къ толкованію и другимъ специфически догматическимъ пріемамъ, примѣняемымъ къ безспорному собранному, провѣренному, подлинному и исчерпывающему матеріалу, онъ volens nolens долженъ будетъ исключить всякіе элементы исторіи, политики и т. п. на томъ простомъ основаніи, *что все это, во-первыхъ, не нормы, во-вторыхъ никакой юридической силы не имѣютъ и, въ-третьихъ, падутъ подъ скальпелемъ высшей критики.* А такъ какъ послѣдующія операціи предполагаютъ свой объектъ прочно установленнымъ, то очевидно, что на всѣхъ этапахъ этой работы нѣтъ ни одного т. с. легальнаго люка, куда бы могли проникнуть элементы исторіи или политики.

Отсюда видно, что *въ догму опредѣленнаго права не только не должны, но логически и не могутъ проникнуть чуждые дѣйствующему праву элементы.* Фактъ переполненія догматическихъ сочиненій неюридическими элементами свидѣтельствуетъ лишь о *фактѣ* механическаго соединенія, который съ принципіальными задачами догмы не имѣетъ ничего общаго. Подобное соединеніе догматики съ историческими введеніями, критическими замѣчаніями, политическими разсужденіями и т. п., очень часто чрезвычайно полезное для усвоенія предмета и разумнаго пониманія его, всецѣло относится къ вопросамъ дидактики и педагогики и ничего не имѣетъ общаго съ соединеніемъ методовъ разработки.

Теперь мы можемъ отбросить предположеніе данности нормъ и ихъ кодификаціи. Очевидно, что при такомъ положеніи вещей наступаетъ сложная и кропотливая роль собиранія дѣйствующаго права. Само

собою разумѣется, что здѣсь исторія приходитъ на службу догматику и дѣлается чрезвычайно важнымъ орудіемъ установленія дѣйствующаго права. Т. о. мы видимъ, что въ странахъ неписаннаго или смѣшаннаго права, какъ напр., въ Англіи, безъ исторіи, а отчасти и безъ соображенія цѣлесообразности, юристъ не можетъ обойтись. Но исторія играетъ свою служебную и совершенно обособленную отъ дальнѣйшихъ логическихъ операцій роль.

Предположимъ далѣе, что путемъ словеснаго или грамматическаго толкованія юристъ не будетъ въ состояніи „выяснить мысль и волю законодателя“[1]) въ такомъ случаѣ онъ переходитъ къ т. н. реальному или логическому толкованію. Здѣсь то въ числѣ другихъ способовъ раскрытія содержанія нормы онъ сталкивается съ вопросомъ объ *основаніи* или причинѣ нормы. Выясняя цѣль ради достиженія которой издана норма, юристъ поневолѣ долженъ прибѣгнуть къ телеологическому или законодательно - политическому элементу толкованія. Выясняя смыслъ нормы путемъ изслѣдованія ея историческихъ корней въ прошломъ отечественнаго права или же въ прошломъ и настоящемъ иностраннаго права, юристъ по необходимости долженъ ввести въ свои операціи элементъ историческаго толкованія.

Не говоря о томъ, что все это лишь пріемы толкованія и какъ таковыя играютъ служебную, подчиненную и строго ограниченную роль, возникаетъ вопросъ: въ какой мѣрѣ обязательны тѣ выводы и тотъ смыслъ, который достигнутъ на основаніи внѣшнихъ источниковъ толкованія? Какъ извѣстно, этотъ вопросъ энергично обсуждался и обсуждается въ на-

---

[1]) Васьковскій, op. cit., стр. 21 и сл., выраженіе Eckhardus'a.

шей и въ западной литературѣ. Не воспроизводя итоговъ этой полемики, явно выходящей за предѣлы моей темы, я укажу только, что ихъ обязательность обставлена, согласно господствующему мнѣнію, двумя условіями: 1) доступностью и достовѣрностью внѣшнихъ источниковъ наравнѣ съ законами; 2) недостиженіемъ выясненія смысла нормы путемъ толкованія ея при помощи всѣхъ внутреннихъ источниковъ толкованія [1]).

Таковой рисуется роль исторіи и политики въ догмѣ государственнаго права. Какъ очевидно, роль эта столь служебна и ограниченна, что *она не могла бы сыграть въ пользу кризиса юридичегкаго метода.* Это слѣдуетъ изъ того, что если бы мы приняли классификацію по объекту, то пришлось бы говорить о кризисѣ вообще науки, который мало бы отразился на догмѣ госуд. права, такъ какъ пріемы разработки исторіи, какъ мы видѣли, *органически* не могутъ слиться съ догмой, имѣющей не только свои спеціальныя задачи, но и предохранительный клапанъ въ видѣ установленія подлинности и юридической силы нормы, который закрываетъ доступъ и исторіи и политикѣ и связанныхъ съ ними методовъ разработки государственнаго права; если бы же мы приняли классификацію по методу, то этимъ самымъ мы исключили бы изъ нормативной науки все ей неприсущее. Впрочемъ и этотъ выводъ, какъ и сдѣланный раньше о „грѣхѣ превращенія спеціальности въ философію“ нуждается для своей правильности въ одной предпосылкѣ, которая заключается въ томъ, что наряду съ догмой должны существовать дисциплины, разсматривающія

---

[1]) Ibidem, стр. 120 и предыдущ.

право съ т. зр. исторіи, политики и пр. Наличность такихъ наукъ давала бы мѣсто самостоятельному примѣненію теоретическихъ и прикладныхъ методовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ вела бы къ всестороннему изслѣдованію государства. Такъ какъ юридическій методъ никогда не претендовалъ на научную исключительность, но временами пытался отстоять только свою независимость и самостоятельность, то онъ и не могъ притти къ кризису путемъ выключенія или включенія исторіи и политики, которыя или соединялись съ догмой только механически и по существу не мѣшали догматическимъ построеніямъ, или же превращали догму въ теоретическій или политическій трактатъ, сохранявшій лишь внѣшность догматическаго сочиненія.

Покончивъ съ тѣми главнѣйшими затрудненіями и спорными пунктами, которые возникали на пути развитія юридич. метода со времени Gerber'a и достигнувъ отрицательнаго результата, который можно формулировать въ видѣ фразы: *все это не могло и не должно было привести къ кризису юридическій методъ,—мы должны перейти къ части положительной и указать на ту спеціальную причину, которая поколебала значеніе и научную цѣнность догмы государственнаго права.* Я подчеркиваю „спеціальную", такъ какъ совершенно не касаюсь въ этой работѣ тѣхъ глубокихъ соціальныхъ причинъ, которыя привели къ кризису и современныя политическія учрежденія и вдохновлявшую ихъ политическую теорію Руссо-Монтескье съ послѣдующими американо-французскими наслоеніями; такъ какъ я оставляю въ сторонѣ современное общественное сомнѣніе въ этической цѣнности права, въ возможность закона и пр. и пр.

Для меня необходимо здѣсь отвѣтить на одинъ строго ограниченный вопросъ: *какой порокъ заключаетъ въ себѣ современная догма государственнаго права, который привелъ ее къ состоянію при которомъ она совершенно не выполняетъ своей задачи: дать знаніе дѣйствующаго права для практическаго его примѣненія.*

ГЛАВА III.

Въ предыдущей главѣ мы разсмотрѣли цѣлый рядъ вопросовъ, которые вызывали и вызываютъ подчасъ довольно рѣзкую полемику и были рифами, задерживавшими нормальное развитіе юридическаго метода въ государствовѣдѣніи. Разсмотрѣніе это, однако, привело насъ къ результатамъ совершенно отрицательнымъ: вникнувъ въ каждый изъ нихъ, мы приходили къ заключенію, что *не онъ* долженъ быть причиной смѣны „безмятежнаго спокойствія„ „вихремъ самыхъ глубокихъ сомнѣній", что не онъ привелъ догму государственнаго права къ кризису. Намъ остается разсмотрѣть послѣдній упрекъ, который сталъ почти общимъ мѣстомъ, когда говорятъ о юридическомъ методѣ. Этотъ упрекъ сводится къ тому, что работа юристовъ превратилась въ „схоластическое упражненіе кабинетнаго педантизма", въ чуждыя дѣйствительнымъ юридическимъ отношеніямъ и конституціонной жизни системы правообязанностей, въ формализмъ, игнорирующій дѣйствительность; однимъ словомъ, юридическому методу вмѣняется въ вину то, что онъ, *разрушивъ связь между теоріей и практикой, пересталъ удовлетворять своему практиче-*

скому назначенію: быть научной системой дѣйствующаго права для его знанія и примѣненія [1]).

Въ началѣ предыдущей главы въ видѣ предположенія была высказана мысль, что если догма к.-л. права поражена существеннымъ порокомъ, то этотъ порокъ долженъ быть въ основныхъ теоретическихъ предпосылкахъ всякой догмы права, каковыми являются понятіе права, понятіе положительнаго права и его отношеніе къ понятію дѣйствующаго права, наконецъ, понятіе источниковъ догмы положительнаго права.

Въ первой главѣ мною уже была сдѣлана попытка установить условность и зависимость понятія догмы положительнаго права. При этомъ я пытался доказать, что *опредѣляющимъ признакомъ понятія догмы положительнаго права служитъ понятіе источниковъ положительнаго права; въ свою очередь высшими понятіями для этихъ послѣднихъ являются понятіе права и положительнаго права.*

Такъ какъ эти понятія являются логически соподчиненными и одно изъ нихъ непосредственно вытекаетъ изъ другого, то для нихъ мы можемъ выставить слѣдующій тезисъ: *всякая ошибка въ высшемъ*

---

[1]) Гессенъ, В. М., op. cit., стр. 126; Ивановскій, В. В. op. cit., стр. 53 и сл.; Алексѣевъ, А. С., op. cit., стр. 9 Живаго, С. И. op. cit., кн. IX, стр. 91; Камбуровъ, В. Г.; op. cit., стр. 156, 160. Штейнбергъ, А. Г., Прутченко, С. М. и др.; изъ иностранныхъ авторовъ: Gieke, Preuss, Jellinek, Seydel, Gumplovicz, Deslandres, Duguit, Dicey и др. отмѣчаютъ тотъ же формализмъ и оторванность догматическихъ построеній отъ дѣйствительныхъ юридическихъ отношеній, при чемъ многіе изъ нихъ, за исключеніемъ Laband'a, Zorn'a, Kelsen'a и немногихъ другихъ, видятъ выходъ изъ такого положенія въ, разсмотрѣнномъ въ предыдущемъ параграфѣ, соединеніи догмы съ политическими и историческими изысканіями и только нѣкоторые (Камбуровъ, Штейнбергъ, Еллинекъ и др.) правильно подходятъ къ разрѣшенію проблемы.

понятіи поведетъ къ ошибочности низшихъ, подчиненныхъ понятій. Въ частности несоразмѣрность субъекта и предиката, двусмысленность обоихъ или одного изъ нихъ и т. п. все это поведетъ къ неправильности всѣхъ подчиненныхъ понятій. Тезисъ этотъ настолько безспорный въ дедуктивной логикѣ, что дальнѣйшее его обоснованіе представляется излишнимъ.

Для догмы этотъ тезисъ долженъ значить, что всякая ошибка въ понятіи права должна влечь за собой ошибочность понятій положительнаго права и низшихъ; всякая ошибка въ понятіи положит. права влечетъ ошибочность понятія источниковъ положит. права и низшихъ и пр. и пр. Съ другой стороны какъ это видно было при разсмотрѣніи вопросовъ исторіи и политики характеръ догматическаго метода таковъ, что *поскольку твердо установленъ критерій дѣйствующей нормы права и ея юридическая обязательность, постольку вся дальнѣйшая работа почти исключаетъ возможность крупныхъ ошибокъ.* Здѣсь ошибки могутъ итти уже отъ низшихъ понятій и сужденій къ высшимъ, а, слѣдовательно, и не могутъ привести къ краху всю систему. Неправильность эта можетъ заключаться или въ ошибочности истолкованія нормы или же въ недостаточномъ анализѣ нормъ и пр. и слѣдствіями этого будутъ: неточный принципъ или понятіе. Явленіе, какъ извѣстно, общее для всѣхъ наукъ и ослабляемое въ значительной мѣрѣ взаимнымъ контролемъ и провѣркой. Подобные контроверзы — какъ ихъ называютъ со временъ римскихъ юристовъ—и въ юриспруденціи явленіе постоянное, вызываемое не столько ошибкой того или иного ученаго, а тѣмъ, что положительное право,

какъ все человѣческое, имѣетъ массу недочетовъ: противорѣчивость, неясность, недостатокъ и пр. Не удивительно, что хотя трудъ догматика (практика и теоретика) и направленъ къ уничтоженію ихъ, но это не всегда удается.

Итакъ, хотя съ политической точки зрѣнія недостаточная точность и опредѣленность нормъ права и юридическихъ понятій и принциповъ опасна и вредна [1]), но въ наукѣ она явленіе совершенно заурядное.

Но, если такъ, то можно думать, что основанія *кризиса догмы государственнаго права должны корениться въ томъ, что догматикъ за норму права принимаетъ к.-л. фактъ, ничего съ нею не имѣющій общаго, или же понятіе права, понятіе нормы положительнаго права и его источниковъ неправильно имъ конструированы*, что въ свою очередь повело къ ошибочности нисходящихъ понятій, а можетъ быть и всей конструкціи (поскольку она ведется въ дедуктивно-гипертрофированной формѣ), къ недопущенію въ догму цѣлыхъ категорій нормъ дѣйствующаго права и пр.

Дѣйствительно, въ литературѣ мы встрѣчаемся съ мнѣніемъ, *которое отрицаетъ за конституціонными нормами правовую природу и видитъ въ нихъ фактъ, силу*, нѣчто, что составляетъ предметъ соціологіи соціальной психологіи, но не юриспруденціи. Дѣло идетъ о почтенномъ ученомъ проф. В. В. Ивановскомъ. Мысль высказанная ранѣе его Deslandres'омъ [2]) и

---

[1]) Л. I. Петражицкій, Теорія т. I, гл, II, § 10.

[2]) Deslandres. La crise de la science politique. Paris. 1902.

отчасти проводимая до и послѣ него Гумпловичемъ[1]), была имъ подробно развита и обоснована. Сущность этого взгляда сводится къ слѣдующему.

В. В. Ивановскій считаетъ, что государственная организація есть результатъ взаимоотношенія общественныхъ силъ [2]). Положеніе, съ которымъ нельзя не согласиться, какъ довольно твердо установленнымъ соціологическимъ фактомъ. Нормы, продолжаетъ В. В. Ивановскій, опредѣляющія государственную организацію или т. н. конституціоннаго, въ отличіе отъ административнаго, права „глубоко отличаются отъ всѣхъ другихъ нормъ, будучи направлены не на гражданъ или подчиненныя власти, но на самую государственную власть... Государственная власть сама себя опредѣляетъ и фиксируетъ это опредѣленіе *въ видѣ юридическихъ нормъ*; эти послѣднія, не имѣя высшей санкціи, очевидно и не могутъ быть признаны юридическими нормами, въ собственномъ смыслѣ слова. *Онѣ не обладаютъ принудительной силой по отношенію къ самой государственной власти*... Что нормы, опредѣляющія организацію государственной власти, не имѣютъ юридическаго харак-

---

[1]) См. напр. L. Gumplovicz. Geschichte, S. 585: *„Der Staat aber ist kein Rechtsinstitut; über die Thatsachen des Staates kann man sich mittelst der juristischen Methode keinerlei Aufklärung verschaffen*... Eine solche Frage: wo der „Gesetzeswille im Staate, im Monarchen oder im Parlament" kann mit den Mitteln der juristischen Methode nicht gelöst werden.., Darauf eine allgemeine, mittelst formell-jnristischer Konstructionen gewohnen Antwort geben zu wollen, ist vergebene Mühe. Der juristischen Speculation entzieht sich diese Frage ganz und gar. Als juristisches Problem formuliert, erinnert sie an die Frage, ob die Kuh im Stalle angebunden sei an den Strick oder der Strick an die Kuh". Рѣчь идетъ о спорѣ Laband'а съ Lucas'омъ по вопросу о значеніи санкціи (Курсивъ мой).

[2]) В. В. Ивановскій, Юридич. методъ, стр. 57.

тера, видно изъ того, что онѣ ни для кого не создаютъ ни правъ, ни обязанностей... Еще менѣе можно разсчитывать на то, чтобы при помощи этого метода можно было построить научную теорію государственнаго устройства или хотя бы дойти до установленія юридическаго понятія государства... Это совершенно невозможно, такъ какъ самыя юридическія нормы предполагаютъ уже существованіе государства, и, слѣдовательно, въ нихъ и не можетъ содержаться элементовъ понятія государства“ [1]).

По поводу этого взгляда прежде всего надо отмѣтить ту двойственность, которой избѣжалъ Ф. Лассаль, впервые провозгласившій формулу: „Конституція является дѣйствительнымъ отношеніемъ реальныхъ силъ страны“ [2]). Провозглашая эту формулу, согласно матеріалистическому пониманію исторіи, Лассаль вмѣстѣ съ тѣмъ и указываетъ, что это реальное соотношеніе силъ выражается ввидѣ идеологическаго компромисса и мира, который есть ничто иное, какъ установленіе юридическаго взаимоотношенія, укрѣпленіе за борющимися силами системы взаимныхъ правъ и обязанностей [3]). При такомъ пониманіи конституціи Лассаль, очевидно, не могъ бы принять государственной теоріи права. Наоборотъ для него право, есть междуклассовая идеологія, вырабатываемая въ процессѣ

---

[1]) В. В. Ивановскій, op. cit., стр. 61 — 64 (Курсивъ мой).

[2]) Ф. Лассаль. О сущности конституціи... Рѣчь произнесенная... въ 1862 г. Спб., 1906 г., стр. 12.

[3]) Ibidem, стр. 12: „Упомянутыя нами дѣйствительныя отношенія общественныхъ силъ записываются на бумагу, выражаются *письменно*; будучи записанными, они перестаютъ быть только фактическими соотношеніями и становятся *правомъ, правовыми учрежденіями*, неповиновеніе которымъ наказуется“. (Курсивъ подлинника).

классовой борьбы и какъ бы кристализующая экономическое равновѣсіе классовъ.

Этой логической послѣдовательности чуждъ уважаемый авторъ, придерживающійся госуд.-принудительной теоріи права. У него съ одной стороны государственная власть „сама себя опредѣляетъ и фиксируетъ это опредѣленіе *въ видѣ юридическихъ нормъ*", съ другой же стороны эти нормы, какъ необладающіе „принудительной силой" лишены „юридическаго характера". Противорѣчіе еще болѣе выясняется далѣе. „Утверждать однако — говоритъ авторъ,—что догматическая разработка организаціонныхъ нормъ совершенно излишня, было бы неправильно. Если она не имѣетъ практическаго значенія, то имѣетъ свое научное значеніе, приводя къ раскрытію организаціи государственной власти, поскольку она, будучи независима отъ какихъ бы то ни было нормъ, находитъ свое quasi—юридическое выраженіе въ нормахъ, ею самою установленныхъ, поскольку, слѣдовательно, въ этихъ нормахъ она сама себя опредѣляетъ" [1]). Итакъ, въ конечномъ итогѣ это все-таки нормы; правда, quasi—юридическія [2]), но все же нормы, догматическая разработка которыхъ возможна, но практическаго значенія не имѣетъ. Все это наводитъ на мысль, что нормы, опредѣляющія организацію государственной власти, будучи результатомъ взаимоотношенія общественныхъ силъ, *какъ и всѣ юридическія нормы*, ничѣмъ не отличаются отъ послѣднихъ,

---

[1]) В. В. Ивановскій, op. cit., стр. 67.

[2]) Анормальный характеръ конституц. и международн. нормъ права признаютъ Бродманъ и Іерингъ; однако они все же не сомнѣваются въ ихъ правовой природѣ, что также приводитъ ихъ къ неразрѣшимому противорѣчію. См. Л. І. Петражицкій. Теорія, т. I, стр. 977 и прим.

но понятіе права, какъ нормы обезпеченной принужденіемъ, неправильно и это ведетъ къ практической яко-бы негодности догмы конституціоннаго права.

Если все же отбросить эту двойственность отношенія къ конституціоннымъ нормамъ и взять лишь отрицаніе за ними юридической природы, то нельзя не согласиться, что разсужденіе автора столь логично въ выводахъ, что *критиковать можно только основную посылку, т.-е. что источникомъ права является государство и что право есть норма обладающая принудительной силой*, или точнѣе, что „право есть совокупность дѣйствующихъ въ государствѣ принудительныхъ нормъ“ [1]), какъ гласитъ, по словамъ Іеринга, „ходячее и вполнѣ правильное опредѣленіе“ права. И такъ какъ подъ принужденіемъ всегда понимается приверженцами этой теоріи государственное принужденіе, то „этимъ implicite выражается... что государство есть единственный источникъ права“ [2]).

Здѣсь мы имѣемъ обычное соединеніе *теоріи принужденія съ государственной теоріей* права. Но научный вѣсъ обѣихъ теорій въ настоящее время, мнѣ представляется настолько подорваннымъ, что мнѣ остается только указать критику, которую бы мнѣ пришлось воспроизвести цѣликомъ и съ которой я глубоко согласенъ [3]). Отмѣчу только нѣкоторые ея итоги. Подобныя опредѣленія права, прежде всего узки: онѣ не охватываютъ всѣхъ видовъ права, какъ напр., международнаго права, обычнаго права и пр. и всѣхъ т. н. leges imperfectae, съ которыми публицисту приходится имѣть дѣло по преимуществу. За-

---

[1]) Р. Іерингъ. Цѣль въ правѣ, т. I, стр. 238. Спб. 1881 г.
[2]) Ibidem.
[3]) Л. I. Петражицкій. Теорія, т. I, гл. III, § 18 и 19.

тѣмъ онѣ представляютъ ничто иное, какъ логическую ошибку извѣстную подъ именемъ circulus vitiosus: право есть норма, исходящая или пользующаяся признаніемъ со стороны государства, но государство есть правовой союзъ. Отсюда слѣдуетъ, что право есть норма, исходящая отъ правового союза, что приводитъ не только къ definitionem idem per idem, но также и къ reductionem ad infinitum, ибо всякая принудительная норма нуждается въ нормѣ, уполномачивающей къ принужденію, эта послѣдняя въ свою очередь должна быть санкціонирована принужденіемъ и т. д. до безконечности.

Такимъ образомъ, мнѣніе почтеннаго автора, отрицающаго за нормами т. н. конституціоннаго права юридическую природу должно быть признано ошибочнымъ, такъ какъ оно основано на неправильномъ понятіи права.

Это приводитъ насъ къ послѣднему мыслимому предположенію касательно причинъ, приведшихъ къ кризису догму государственнаго права, которое гласитъ, что *конечной причиной его надо признать ошибочное понятіе права, положительнаго права или источниковъ его, результатомъ котораго былъ недостаточный объемъ правового матеріала*, подлежащаго догматической переработкѣ. Послѣднее въ свою очередь повело къ *узости и односторонности выводовъ и положеній, расходящимися съ дѣйствительными юридическими отношеніями.*

И, какъ первый симптомъ правильнаго діагноза порока современной догмы государственнаго права надо отмѣтить, что то же самое понятіе права, логически развивая которое проф. Ивановскій пришелъ къ юридическому нигилизму въ конституціонномъ правѣ,

было положено германской школой въ основаніе догмы конституціоннаго права.

Какъ извѣстно, т. н. германская школа выступила подъ знаменемъ полнаго отрицанія естественнаго права, будетъ ли то право разума или право сердца, право природы или право божества. Это отрицаніе имѣетъ свою исторію, въ которой особое вниманіе привлекаетъ Гегель и Шталь. Если вся философія Гегеля была оправданіемъ положительнаго права и возведеніемъ его на высоту, равную праву разума, то Шталь уже провозглашаетъ формулы, ставшія впослѣдствіи научнымъ credo позитивнаго (оно же юридическое, формально-логическое, и т. п.) направленія. „Право и положительное право — говоритъ Шталь— суть понятія другъ друга исчерпывающія. Нѣтъ никакого другого права, кромѣ права положительнаго. Рядомъ съ нимъ существуютъ только заповѣди Божіи, но и онѣ не имѣютъ ни необходимой для примѣненія опредѣленности, ни связующій силы закона“ [1]. И здѣсь же дается формула правомѣрности поведенія, которую всѣ мы теперь признаемъ какъ безусловный догматъ, но который представляется новостью въ сравненіи съ идеями раціоналистической философіи. Шталь провозглашаетъ: „что согласно съ закономъ, то и правомѣрно и наоборотъ“ [2].

Тѣ же *начала тождества права и положительнаго права* перешли, естественно, и въ позитивистически настроенную германскую школу [3]. И если у Gerber'a и Laband'a это недостаточно ясно выражено,

---

[1]) Dr. Frid. Jul. Stahl. Die Philosophie des Rechts. B. II, A. 1, SS. 218, 221.
[2]) Ibidem, S. 225.
[3]) C. Fr. v. Gerber. Grundzüge, S. 3: „Die Willensmacht des Staats, die Staatsgewalt, ist das Recht des Staats“. Laband. Das Staatsrecht, SS. III—IV (Косвенный выводъ).

если у нихъ еще можно предположить наличность, по крайней мѣрѣ, принципіальнаго признанія существованія права естественнаго,—то уже у ближайшаго последователя ихъ Zorn'а мы находимъ рѣзко и отчетливо вычеканенные взгляды на право и его источники. Его взгляды для насъ вдвойнѣ интересны: онъ, по собственному признанію, обращаетъ особое вниманіе на принципіально-важныя проблемы и его взгляды на сущность права и его источники до самаго послѣдняго времени оставались общепризнанными.

„*Предписанія*—говоритъ Цорнъ,—*которыя изданы государственной властью въ повелительной формѣ и эвентуально осуществленіе которыхъ гарантировано принудительными средствами имперіи,—образуютъ въ своей совокупности имперское право.* Воля, которую выражаетъ государство, какъ юридическое лицо публичнаго права, и которая возникла въ согласной конституціи формѣ и была доведена до свѣдѣнія адресатовъ,—есть право“ [1]). Немного далѣе Zorn, отграничивая понятіе права отъ нравственности, признаетъ вмѣстѣ съ другими, что принужденіе есть существенный элементъ понятія права. Только тамъ,—говоритъ онъ—гдѣ есть принужденіе, можетъ быть рѣчь о правѣ; гдѣ нѣтъ его, тамъ начинается область нравственности [2]).

---

[1]) Dr. Ph. Zorn. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. B. I, 1880, S. 99: „*Die Vorschriften, welche von seiten Staatsgewalt des Reiches in imperatiwer Form gegeben und deren Durchführung eventuell durch die dem Reiche zu stehenden Zwangsmittel gesichert ist, bilden im ihren Gesammheit das Reichsrecht.* Die Wille, den der Staat als juristischer Person des öffentlichen Rechtes geltend zu machen berufen ist, in verfassungsmässiger Form etnstanden und den Betheiligten zur Kenntniss gebracht, ist das Recht“ (Курсивъ подлинника).

[2]) Ph. Zorn. Das Staatsrecht, S. 101: „...der Rechtszwang zum Begriffe des Rechts gehöre... die zwangsweise geschutzte Rechtpflicht wird zur schutzlosen Moralpflicht“.

Если вдуматься въ это опредѣленіе, сопоставить его съ общепризнанной и въ наше еще время формулой правомѣрности Шталя и имѣть въ виду ту область коренной ошибки современной государственноправовой догматики, которую мы намѣтили раньше въ видѣ предположенія,—то не трудно притти къ слѣдующимъ выводамъ. Прежде всего, право опредѣляется по обычной формулѣ соединенія государственной теоріи съ теоріей принужденія, что влечетъ за *собой отождествленіе понятій права и положительнаго права;* затѣмъ, въ *этомъ же опредѣленіи косвенно опредѣляются и источники положительнаго права*, ибо предписанія, изданныя согласно конституціи въ повелительной формѣ, есть не что иное, какъ писанный законъ.

Этимъ выводомъ мы значительно облегчаемъ трудъ нахожденія ошибки германской школы, такъ какъ вмѣсто изслѣдованія правильности трехъ понятій: права, положительнаго права и его источниковъ, намъ, за сліяніемъ первыхъ двухъ, остается провѣрить лишь два послѣднія; причемъ и они такъ тѣсно связаны между собою, что провѣрка одного есть одновременная провѣрка другого. Для того, чтобы точно обозначить источники положительнаго права, намъ необходимо узнать, какъ Zorn и др. послѣдователи юридическаго направленія относились къ обычаю, международному праву и праву юристовъ (судебная практика исключается, такъ какъ въ этой области не существуетъ судебныхъ органовъ).

Zorn признаетъ образованіе права путемъ обычая, не замѣчая, что уже это признаніе противорѣчитъ вышеприведенному опредѣленію права. Но отношеніе его къ обычному праву крайне неопредѣленно. Онъ

отмѣчаетъ его неуловимость, какъ источника права, и тѣ сомнѣнія которыя оно возбуждаетъ, но въ конечномъ итогѣ склоненъ признать этотъ источникъ. Признаніе это впрочемъ насъ не спасаетъ отъ неясности его отношенія къ обычному праву. Авторъ говоритъ, что значеніе его ограниченно, что о дерогирующей силѣ обычая къ писанному праву и рѣчи быть не можетъ, а затѣмъ для ближайшаго знакомства просто отсылаетъ насъ къ опредѣленіямъ гражданскаго права [1]. Отсылка, какъ увидимъ, чрезвычайно характерная.

Что касается международнаго права, то здѣсь Zorn несравненно болѣе рѣшителенъ. Догматически выставивъ тезисъ, что путемъ договора между государствами право еще не возникаетъ, онъ принимаетъ меньшей посылкой понятіе права, какъ выраженіе верховной воли государства, и дѣлаетъ общій выводъ, что юридическую обязательность договоръ пріобрѣтаетъ „только и тогда", когда онъ приметъ внутри государственную санкцію [2].

[1] Dr. Ph. Zorn. Op. cit., SS. 104—105: „Das Recht kann sich bilden auf dem Wege directer Setzung oder auf dem Wege *gewohngeitsmässiger Uebung*. Die letztere Art der Rechtsbildung ist die ursprüngliche, tritt aber bei entwickelteren Culturzuständen mehr und mehr in den Hintegrund, da sie immer eine Rechtsquelle von grosser Unsicherheit sein wird. Ob es für das Staatsrechts überhaupt erforderlich ist, vom Gewohnheitsrecht als einer Rechtsquelle zu handeln kann mit Grund bezweifelt werden. Man mag die Gewohnheit jedoch als Rechtsquelle auf für das Staatsrecht annerkennen , so wird doch das Anwendungsgebiet hierein überaus beschränktes sein. Von einer derogatorischen Kraft des Gewohnheits gegenüber dem geschriebenen Rechte kann in keinem Falle Rede sein. Im uebrigen werden die vom Civilrecht für das Gewohnheitsrecht aufgestellten Erfordernisse auch für das Staatsrecht anzuerkennen sein" (Курсивъ подлинника).

[2] Dr. Ph. Zorn. Op. cit., S. 106: *„Recht aber entsteht durch Staatsverträge direct doch nicht... Recht ist Ausfluss des*

Искать же у Zorn'а или у к.-л. другого автора признанія права юристовъ, конечно, лишній трудъ послѣ только что сказаннаго. И, насколько мнѣ извѣстно, въ качествѣ прямого источника права его не выдвигалъ ни одинъ изъ послѣдователей германской школы. О прецедентѣ, какъ источникѣ, также рѣчь возникаетъ лишь впослѣдствіи.

Уже при бѣгломъ взглядѣ на приведенныя опредѣленія бросается въ глаза одна черта, которая можетъ получить достаточный смыслъ лишь въ исторической перспективѣ. Я говорю объ убѣжденіи въ безусловномъ превосходствѣ и высшей обязательности писаннаго права. Писанный законъ ставится на первый планъ и за нимъ признается безусловная сила; обычай считается источникомъ второстепеннымъ и за нимъ во всякомъ случаѣ не признается дерогирующей силы, т. е. по существу признается значеніе обычая лишь въ компетенціи, отведенной ему закономъ, что подтверждается отсылкой къ частному праву. Международные трактаты пріобрѣтаютъ обязательность послѣ инкорпораціи. Это, ясно выраженное или фактически проводимое, убѣжденіе въ превосходствѣ писаннаго права проходитъ красной нитью черезъ всѣ труды адептовъ германской школы.

Въ объясненіе этого явленія указываютъ на то, что убѣжденіе это идетъ отъ школы естественнаго права[1]). Г. Еллинекъ въ одномъ изъ своихъ блестящихъ экскур-

---

hochsten Staatswillens... Die Staatsverträge sind somit an sich nur tatschliche Verabredungen ohne allen juristisch bindenden Charakter; den letzteren empfangen sie erst und nur durch die innerstaatliche Sanction, die ihnen entweder die Form des Gesetzes oder der Verordnung verleiht" (Курсивъ подлинника).

[1]) O. Gierke. Op. cit., SS. 1192; Штейнбергъ, А. З., op. cit., ст. 70, 74—76; Hatschek, op. cit., B. I, § 2, II; Esmein, Deslandres и др.

совъ въ исторію выясняетъ намъ генезисъ писанной конституціи[1]). Однимъ изъ корней писанности, по его мнѣнію, является необходимость письменнаго закрѣпленія правъ подданныхъ, по отношенію къ стоящимъ надъ ними правителямъ; вторымъ необходимость письменности ковенанты, такъ какъ торжественные договоры всегда облекались въ письменную форму. Впослѣдствіи идея договора сплетается тѣсно съ писанной конституціей и этой послѣдней присваивается значеніе закона, стоящаго надъ rex et regnum. Чтобы вдохнуть въ эти факты жизнь, чтобы понять, какія соціально-психологическія причины тѣсно сплели договоръ съ письменной формой, необходимо, на мой взглядъ, не забывать психологической потребности въ точности и опредѣленности правообязанностей, которая способна контрагентамъ и обороту внушить увѣренность и твердость въ экономической дѣятельности [2]). Письменная форма и договоръ, какъ одинъ изъ видовъ юридической связанности, въ силу этой причины тѣсно связаны другъ съ другомъ, такъ что появленіе идеи договорнаго возникновенія государства (безразлично была ли эта идея выраженіемъ историческаго факта или же служила только этико-юридической презумпціей) и договорнаго отношенія гражданъ между собою и съ государственной властью влечетъ за собою идею письменнаго фиксированія правообязанностей, идею писанной конституціи и ея превосходства надъ правомъ неписаннымъ. Принимая высказанное положеніе за причину облеченія въ началѣ договоровъ и грамотъ, затѣмъ хартій въ письменную форму и тѣмъ

---

[1]) Г. Еллинекъ. Общ. ученіе о государствѣ, стр. 335—343; см. также Рейснеръ, М. А., Государство, т. II, стр. 197.
[2]) См. Петражицкій, Л. I. Теорія, т. I, § 10.

самымъ соглашаясь съ генезисомъ превосходства писаннаго права,—я все же отмѣчу, что научная осторожность требуетъ указанія и другой спеціальной причины убѣжденія въ превосходствѣ писаннаго права.

Эта вторая причина заключается въ томъ, что ученіе о правѣ, объ источникахъ положит. права и пр. публицисты германской школы, какъ мы видѣли, принуждены были занимать у цивилистовъ. Но у цивилистовъ было двойное основаніе поставить выше всего писанное право. Одно изъ основаній шло вслѣдъ рецепціи римскаго права въ Священной Имперіи Германскаго Народа, повлекшей за собою образованіе usus modernus pandectarum. Рецепція всюду сопровождалась, какъ извѣстно, высочайшимъ уваженіемъ и преклоненіемъ передъ писаннымъ правомъ, которое по общему признанію было „ratio scripta". Второе же основаніе коренилось въ характерѣ того права, съ которымъ оперировалъ цивилистъ. Обращаясь къ гражданамъ, частное право вмѣстѣ съ тѣмъ было снабжено правомъ иска, которое давало ему устойчивость и однозначность, а также постоянную возможность его осуществленія и защиты. Послѣднее было функціей суда. Судъ служитъ какъ бы призмой, въ которой преломляется право, адресованное къ гражданамъ. Но судъ, какъ подзаконный органъ, обязанъ руководствоваться при примѣненіи права тѣми нормами, которыя ему даются въ руководство и исполненіе которыхъ ему вмѣняется въ обязанность законамъ. Обычной поэтому формулой судебнаго примѣненія права является положеніе: *законъ, а затѣмъ уже обычай въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ.* Въ отношеніи трактатовъ суду также приходится слѣдовать изданнымъ по этому поводу правиламъ. Отсюда видно, что дог-

матикъ цивильнаго права въ вопросѣ объ источникахъ права, будучи позитивистомъ, могъ лишь повторить указанную формулу. Если же онъ попытался бы развить иные взгляды, то эти взгляды при первой провѣркѣ на практикѣ оказались бы неправильными. Это цивилистическое ученіе цѣликомъ перешло и къ догматикамъ госуд. права. Правильно или неправильно оно было въ этой области, — на это мы постараемся отвѣтить сейчасъ. Предварительно же твердо зафискируетъ исходныя воззрѣнія германской школы на право и его источниками.

Право, оно же и положительное право, есть волеизъявленіе государства, исходящее въ повелительной формѣ, осуществленіе котораго гарантировано принудительными средствами государства. Источникомъ его, какъ и догмы положительнаго права, является въ конечномъ итогѣ одно писанное право, или точнѣе, законъ. Этотъ выводъ, какъ было видно вполнѣ справедливъ для международныхъ трактатовъ и требуетъ доказательства лишь по отношенію къ обычаю. Но доказательствомъ этимъ будетъ лишь указаніе на тотъ фактъ, что въ новообразованныхъ конституціяхъ, составлявшихся подъ увѣренностью въ превосходствѣ писаннаго права, обычно нѣтъ никакого указанія на значеніе обычая. Это и не удивительно, ибо всякій старый обычай былъ бы совершенно чуждъ новымъ началамъ конституціи. Отсылка же къ цивилистикѣ значила, что законъ опредѣляетъ компетенцію обычнаго права. Получался зеркальный кабинетъ: публицистъ, не найдя отвѣта въ законѣ, искалъ его у цивилиста, цивилистъ же обратно отсылалъ его къ закону. Фактическое отрицаніе публицистами обычая станетъ для насъ еще болѣе очевиднымъ, если

мы припомнимъ вопросъ о пробѣлахъ въ конституціи и первоначальное рѣшеніе его въ смыслѣ отсутствія таковыхъ, т. е. самодостаточности и совершенства конституціи, что исключаетъ всякую надобность въ обычаѣ.

Правильность всякой научной доктрины, допустимость всякой научной гипотезы, состоятельность к.-л. положенія или закона только въ томъ случаѣ считаются доказанными, когда они выдержатъ испытаніе въ огнѣ и калкѣ реальныхъ отношеній. Ихъ научнымъ завершеніемъ всегда признается, какъ высшая и безапелляціонная инстанція — практическая провѣрка. Спрашивается: выдержала ли догма государственнаго права, построенная на указанныхъ посылкахъ права и его источниковъ, практическій экзаменъ? Построенная на этихъ посылкахъ, систематика нормъ, опредѣляющихъ организацію государственной власти, достигла ли удовлетворительныхъ результатовъ въ смыслѣ соотвѣтствія ея положеній конкретному дѣйствующему праву? *Догма государственнаго права* идейныхъ наслѣдниковъ Gerber'а *была ли догмой дѣйствующаго права?*

Судьбѣ было угодно, чтобы тотъ, кто первый воплотилъ абстрактные принципы Gerber'а въ положительномъ правѣ и создалъ образцовый трудъ по догмѣ государственнаго права, первымъ [1]) же и обратилъ вниманіе ученыхъ на чрезвычайно опасные симптомы разрушенія связи между теоріей и практикой, между догмой и конкретной правовой жизнью [2]). Дѣло идетъ, конечно, о Laband'ѣ. Уже въ 1895 г.

---

[1]) Штейнбергъ, А. З., op. cit., стр. 77, указываетъ на первенство Laband'a.

[2]) P. Laband. Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung. 1895.

онъ выпускаетъ статью, посвященную совершенно непредвидѣнному явленію. Оказалось, что въ то время какъ конституція почти сохранила свое тождество съ момента ея появленія, конкретная правовая жизнь энергично измѣнилась, такъ что *догма уже отнюдь не изображала дѣйствующаго права.* Онъ называетъ этотъ т. с. нелегальный процессъ *преобразованіемъ* [1]) конституцій, въ отличіе отъ предусмотрѣннаго закономъ *измѣненія,* но въ догму отказывается включить эти преобразованія на томъ основаніи, что они лишены юридическаго характера.

Спустя 11 лѣтъ, онъ выпускаетъ трудъ специально посвященный историческому развитію германской конституціи[2]). Здѣсь онъ свидѣтельствуетъ, что со времени основанія имперіи, несмотря на то что конституція лишь 2 раза подверглась измѣненію въ тѣсномъ смыслѣ слова, каждый имперскій законъ, устанавливая извѣстныя права и обязанности, фактически измѣнялъ ее. Эти измѣненія, формально соотвѣтствующія понятію права, онъ включаетъ въ свой трудъ. Впрочемъ, продолжаетъ Laband, этими двумя категоріями не исчерпываются измѣненія. Они совершаются также путемъ возрастанія политическаго значенія конституціонныхъ учрежденій, отчасти же путемъ, совершенно непредусмотрѣннымъ конституціей [3]). Указавъ далѣе на

---

[1]) Ibidem, S. 2 u. f.

[2]) P. Laband. Die Geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung. „Jahrbuch für öffentl. Rechts d. G.“, B. I, 1907.

[3]) Ibidem., S. 3: „Damit sind aber die Veränderungen der Reichsverfassung nicht erschöpft; sie haben sich zum Theil vollzogen durch die politische und Staatsrechtliche Bedeutung, welche die Verfassungeinrichtungen des Reichs selbst erlangt haben, zum Theii liegen sie auf einem Gebiet, welches die Verfassungsurkunde des Reichs ungebührt gelassen hat“.

причины, порождающія эти преобразованія [1]), Лабандъ просто констатируетъ, что это—факты политической жизни, формально не облеченные въ законъ, и на этомъ основаніи удаляетъ ихъ изъ поля зрѣнія догматика, чувствуя однако, что ему могутъ сдѣлать упрекъ въ отсутствіи политической правдивости [2]).

Почти въ то же время, какъ Laband отказывается т. о. измѣнить свой взглядъ на природу права и задачи догмы госуд. права, Еллинекъ въ глубоко-интересной работѣ [3]) систематизируетъ различные виды измѣненій конституціи, въ частности дѣлаетъ преобразованія предметомъ спеціальнаго изслѣдованія („политическаго") и, подведя итоги, дѣлаетъ слѣдующій выводъ: „Развитіе конституціи даетъ намъ великій, въ своемъ огромномъ значеніи все еще недостаточно оцѣненный, урокъ, что правовыя нормы не въ состояніи въ дѣйствительности управлять распредѣленіемъ государственной власти. Реальныя историческія силы движутся по своимъ собственнымъ законамъ, независимымъ отъ всякихъ юридическихъ нормъ" [4]).

Этимъ выводомъ Еллинекъ какъ бы склоняется къ вышеприведенному мнѣнію проф. Ивановскаго и въ его устахъ звучитъ онъ какъ юридическій нигилизмъ. Къ сожалѣнію, смерть этого крупнѣйшаго

---

[1]) Ibidem, S. 3.

[2]) Ibidem, S. 4. „Ebenso ist die Ausbreitung der zahlreichen Einzelheiten und Streitfragen des Reichsstaatsrechts ausgeschlossen, so wie die Polemik gegen die auf diesem Gebiet üppig wuchernden Irrlehren. Vielleicht wird mit daraus der Vorwurf gemacht werden, das ich die Materie nicht gründlich erschöpft habe; aber ich wollte keine umfangreiche Monografie, sondern eine übersichtliche Zusammenfassung geben".

[3]) Г. Еллинекъ. Конституціи, ихъ измѣненія и преобразованія. Р. пер. подъ редакціей Б. Кистяковскаго. Спб., 1907.

[4]) Ibidem, стр. 84.

представителя науки государственнаго права конца прошлаго и начала нынѣшняго вѣка лишила насъ возможности услышать отъ него послѣднее слово, которое имъ далеко не было сказано.

Изъ этихъ немногихъ строкъ двухъ корифеевъ германской школы я полагаю видно, что ихъ собственными устами *зданіе догмы государственнаго права признано непрочнымъ, ибо она перестала быть догмой дѣйствующаго права.* Практическій экзаменъ, который она должна была выдержать, доказалъ ея архитектоническія недостатки, помимо теоретической несостоятельности ея посылокъ. Въ наукѣ мало по малу вселялось убѣжденіе, что догма государственнаго права, построенная на указанныхъ началахъ, сухая смоковница, не могущая дать жизненныхъ плодовъ [1]). Тревожные симптомы, наблюдавшіеся въ теченіе 90-хъ годовъ къ концу ихъ приняли характеръ несомнѣнной болѣзни и начали говорить о кризисѣ юридическаго метода въ государствовѣдѣніи; раздались скептическіе голоса, увѣрявшіе въ его почти полной несостоятельности въ примѣненіи къ госуд. праву.

Раньше чѣмъ перейти къ изображенію мѣръ принятыхъ для оздоровленія догматики и перестройки ея на новыхъ началахъ, я долженъ на двухъ-трехъ примѣрахъ показать въ чемъ сущность этого разрыва догматики съ дѣйствующимъ правомъ.

Согласно ст. 12—14 RV. союзный совѣтъ и рейхстагъ созываются ежегодно. Причемъ союзный совѣтъ можетъ быть созванъ раньше рейхстага для подготовки дѣлъ. Однако съ теченіемъ времени заваленность союзнаго совѣта дѣлами и политическая

[1]) См. уже цит., очень интересную статью С. Живаго. „Научное Слово“, 1903 г., кн. IX—X.

эволюція, сдѣлавшая политическій вѣсъ рейхстага выше союзнаго совѣта, превращаютъ союзный совѣтъ изъ законодательнаго учрежденія по преимуществу въ высшее, постоянное, бюрократическое учрежденіе, причемъ его правительственная компетенція бухнетъ и ширится, его законодательное значеніе все падаетъ и падаетъ [1]). Все это приводитъ къ тому, что права и обязанности союзнаго совѣта къ другимъ учрежденіямъ и лицамъ и этихъ послѣднихъ къ нему рѣзко измѣняются. Спрашивается, имѣютъ ли право эти измѣненія, которыя вовсе не зафиксированы закономъ, войти въ догму госуд. права? Нѣтъ—отвѣчаютъ строгіе послѣдователи юрид. метода — эти измѣненія не вошли въ положительное право, не есть волеизъявленіе государства юридически обезпеченное, а потому и стоятъ за предѣлами догматики (Laband, Meyer, Arndt и др.).

Далѣе, въ конституціонной жизни Англіи, какъ всѣмъ извѣстно, существуетъ парламентское отвѣтственное министерство, органически сросшееся со всѣмъ парламентарнымъ строемъ, но писанному праву оно совершенно неизвѣстно [2]). Впрочемъ объ Англіи даже и говорить трудно въ данномъ мѣстѣ, такъ какъ въ видѣ примѣра надо было бы изложить чуть ли не все конституціонное право Англіи [3]). Укажу только, что система политической отвѣтственности министерства, назначеніе министровъ изъ среды парламентскаго большинства, апелляціи къ избирателямъ,

---

[1]) См. Еллинекъ, Конституціи, стр. 27—29; Штейнбергъ, op. cit., стр. 77 и сл.; Laband, Geschichtliche, гл. IV и др.

[2]) Лоу. Государственный строй Англіи, Спб., 1908 г. стр. 133 и сл.

[3]) См. тамъ же, гл. I, гдѣ подробно разсмотрѣны и виды конституціонныхъ измѣненій.

какъ судъ министерства съ палатой [1]), и т. п. существеннѣйшія свойства парламентаризма и въ Англіи и въ другихъ парламентскихъ странахъ покоятся не на буквѣ писаннаго права, а на общественномъ правосознаніи. Далѣе система т. н. „конгрессіональнаго правительства“ въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки не находитъ себѣ легальнаго оправданія въ конституціи, между тѣмъ, какъ доказываетъ W. Wilson, безъ знанія ихъ и сложной системы правоотношеній, созданныхъ ими, невозможно понять „фактическую конституціюˮ (Еллинекъ) [2]).

Наконецъ, и наша русская конституціонная практика представляетъ уже нѣсколько любопытныхъ образцовъ того же процесса преобразованія конституціи при остающемся тождествѣ писанной конституціи. Приведу одинъ изъ нихъ. Согласно ст. 55—57 Учр. Гос. Думы отмѣна, измѣненіе или изданіе новаго закона по инціативѣ Думы обставлено большими формальностями и проволочками. О законодательномъ предположеніи подается предсѣдателю за подписью не менѣе 30 членовъ заявленіе съ приложеніемъ основныхъ положеній законопроекта и объяснительной къ нему запиской. Предсѣдатель вноситъ его на разсмотрѣніе Думы, извѣстивъ по крайней мѣрѣ за мѣсяцъ министровъ или главноуправляющихъ частей, вѣдомства коихъ касается проектъ. Если правительство соглашается взять законъ для разработки, то онъ передается ему; если же отказывается то тогда только Госуд Дума учреждаетъ комиссію для его разработки. Уже въ Думѣ 1-го созыва при обсу-

---

[1]) См. напр. Дайси. Основы государственнаго права Англіи, Москва, 1905 г., стр. 29—31, 420 и сл.

[2]) В. Вильсонъ. Государство, а также „Конгрессіональное правительство“.

жденіи законопроэкта о неприкосновенности личности и объ отмѣнѣ смертной казни порядокъ этотъ рѣзко измѣняется. Уже выработанный законопроэктъ подается предсѣдателю, а этотъ послѣдній назначаетъ его къ слушанію, совершенно не считаясь съ мѣсячнымъ срокомъ. Министры являются въ Госуд. Думу и возражаютъ противъ законопроэкта *по существу*, а не отказываются отвѣчать по формальнымъ соображеніямъ. Этимъ они какъ бы заявляютъ себя сторонниками складывающагося прецедента. Въ этомъ и послѣдующихъ аналогичныхъ случаяхъ примкнулъ къ складывающемуся порядку вещей и Госуд. Совѣтъ. Противъ прецедента раздавались лишь слабыя возраженія со стороны отдѣльныхъ членовъ и въ настоящее время публицистъ обязанъ уже считаться съ сложившимся порядкомъ думской иниціативы [1]).

Все это—дѣйствующее право, но оно не входитъ въ догматику, такъ какъ не укладываетсявъ прокрустово ложе государственно-принудительной теоріи права.

Причинъ той легкости, съ которой измѣняются нормы констит. права надо искать не въ частностяхъ къ которымъ надо отнести necessitas [2]), соотношеніе

---

[1]) См. предисловіе Кистяковскаго къ Г. Еллинеку, Конституціи, стр. VIII—IX; а особенно Штейнбергъ. Op. cit., стр. 81—87; Стеногр. Отч. Гос. Думы I сес., I cos., стр. 271, 295 и сл. Пиленко, А. Русскіе парламентскіе прецеденты и др. Въ свое время преобразованія конституціи были отмѣчены Boutmy, Pierre'омъ и др. Въ Англіи этимъ моментомъ фиксаціи преобразованій можно считать противуположеніе Law of the Constitution и Convention of the Constitution, которое Еллинекъ относитъ къ появленію книги Treeman'а въ 1782 г.; указаніе же на измѣненіе конституціи путемъ интерпретаціи ясно выражено у Мэна, Фримэна и, наконецъ, Дайси. Въ Германіи только съ середины 90-хъ годовъ, гл. об., благодаря Гачеку была поставлена эта проблема на обсужденіе.

[2]) Еллинекъ, Конституціи, стр. 26.

соціальной и юридической гарантіи [1]), конкретныя потребности текущаго политическаго момента [2]) и т. п. такъ какъ все это лишь *поводы* возникновенія новаго правоположенія; причины же коренятся въ самой сущности нормъ, опредѣляющихъ организацію государственной власти.

Въ противоположность большинству нормъ частнаго права и другихъ областей публичнаго права, *организаціонныя нормы государства лишены юридической защиты*, лишены санкціи, *а слѣдовательно и мѣръ принужденія, способныхъ во чтобы то ни стало возвратить жизнь нормѣ*, консервировать ее, съ суровой послѣдовательностью провести принципъ: dura lex—sed lex! Здѣсь, какъ правильно замѣчаетъ Еллинекъ, дѣйствуетъ правило: summa sedes a nemine judicatur! [3]).

Въ самомъ дѣлѣ, кто можетъ принудить монарха правовыми средствами принужденія издать законъ указаннымъ въ конституціи порядкомъ? Кто принудитъ парламентъ, провѣряющій полномочія своихъ членовъ, признать мандатъ утеряннымъ или выборы произведенными неправильно? Кто принудитъ депу-

---

1) Дайси, ук. соч., стр.

2) Laband, Die geschichtliche, стр. 3.

3) Еллинекъ. Общ. уч. о госуд., стр. 220: „Многократно указывалось—именно публицистами—на то, что существуютъ цѣлые отдѣлы права, въ которыхъ правовое принужденіе отсутствуетъ, или которые по самой природѣ своей не способны къ нему. Сюда относятся leges imperfectae гражданскаго права, значительная часть конституціоннаго права и, наконецъ, все международное право“. Л. I. Петражицкій. Теорія, т. I, стр. 275, прим. 2: „Есть много другихъ нормъ и круговъ обязанностей, лишенныхъ не только санкціи, предписующей принудительныя мѣры, но и вообще всякой санкціи, какой бы то ни было охранительной нормы предусматривающей к. л. невыгодныя послѣдствія на случай нарушенія данной нормы“. В. В. Ивановскій, op. cit., и др.

тата подавать голосъ согласно своей совѣсти? Парламентъ утвердитъ бюджетъ? и т. п., т. п. Въ этихъ случаяхъ не только нѣтъ никакихъ средствъ принужденія, предписанныхъ положительнымъ правомъ, но наоборотъ, всякое принужденіе было бы незаконно и почиталось бы за правонарушеніе болѣе или менѣе тяжко наказуемое. Здѣсь нормы оказываются нагими, лишенными покрова и защиты, образуютъ, по Еллинеку „диспозитивное право", право съ гарантіей, но безъ принужденія.

Поскольку конституціонное право содержитъ въ себѣ нормы, лишенныя принудительнаго обезпеченія, постольку признакъ принудительности—основной по мнѣнію воспроизведенной выше доктрины—долженъ отпасть. Остается признакъ государственности. Но и этотъ признакъ долженъ принять совершенно другія очертанія. Если мыслить подъ этимъ признакомъ фактъ *созданія* нормы государственной властью, въ порядкѣ закономъ опредѣленномъ,—то и этотъ признакъ не выдерживаетъ критики въ области конституціоннаго права. Здѣсь отчасти примѣнимы уже приведенные аргументы о логической несостоятельности этого признака, ведущаго къ definitionem idem per idem. Но затѣмъ все только что сказанное о процессѣ преобразованія конституціи силою политической эволюціи конституціонныхъ учрежденій служитъ разрушительнымъ аргументомъ для государственной теоріи права. Я не говорю о томъ, что большинство современныхъ государствъ, образовавшихся революціоннымъ путемъ, не могли бы логически дать правовыхъ нормъ для собственной организаціи, не говорю о томъ, что всѣ изданныя ими нормы для членовъ

государственнаго общежитія должны бы быть признаны неправовыми нормами [1]).

Понятно, что германская школа въ государствовѣдѣніи, держась принудительно — государственной теоріи права, должна была неминуемо притти къ кризису, ибо между ея построеніями и выводами и дѣйствительной конституціонной жизнью контактъ былъ нарушенъ. Положительное право, слившееся съ правомъ вообще, перестало быть дѣйствующимъ правомъ. Получалась картина, которую можно назвать изнанкой картины „школы естественнаго права". Въ то время какъ эта послѣдняя, давая системы идеальнаго права, всѣмъ своимъ существомъ рвалась впередъ, сбрасывала отжившія цѣпи сословнаго государства и абсолютной монархіи,—юридическая школа въ государствовѣдѣніи вырождалась въ школу системъ отжившаго права, давала мертвыя схемы потерявшихъ юридическій смыслъ и значеніе письменныхъ знаковъ. Съ этой точки зрѣнія представителей школы естественнаго права можно назвать носителями прогресса, между тѣмъ какъ юристы германской школы являются консерваторами въ разъясненномъ въ первой главѣ значеніи, такъ какъ они въ полномъ смыслѣ слова охраняли норму, „замораживали жизнь"—говоря языкомъ К. Н. Леонтьева.—

Переходя къ мѣрамъ оздоровленія догмы конституціоннаго права и указанію выхода изъ создавшагося положенія вещей, надо прежде всего замѣтить, что если государственная теорія права несостоятельна, когда она даетъ *генетическое опредѣленіе права* [2]),

[1]) См. прекрасныя строки у Ѳ. Ѳ. Кокошкина. Юридическая природа манифеста 17-го октября. „Юридическій Вѣстникъ". Москва, 1913 г., т. III, стр. 36—47.

[2]) См. Васьковскій, op. cit., стр. 237 и указанную тамъ литературу.

т. е. выясняетъ понятіе права описаніемъ способа его возникновенія,—то она можетъ принять безобидный, практически важный, но лишенный теоретическаго значенія видъ принявъ *діагностическое опредѣленіе положительнаго права* [2]), т. е. указавъ характерныя черты *дѣйствующаго въ государствѣ и въ силу этого подлежащаго догматизаціи права.*

Въ послѣднее время Hans Kelsen дѣлаетъ попытку, отвергнувъ генетическое опредѣленіе права, дать его діагностическое опредѣленіе. Удивительная послѣдовательность, которая заставляетъ читателя безъ всякаго протеста съ его стороны принять всѣ выводы автора, заставляетъ меня подробно остановиться на немъ и показать, что эта попытка должна быть признана совершенно непріемлимой, такъ какъ она вовсе не расширяетъ источниковъ права и оставляетъ внѣ догматической разсмотрѣнія цѣлыя категоріи дѣйствующаго права, изъ коихъ главнѣйшей надо признать т. н. конституціонныя соглашенія, обычное же право ставитъ въ традиціонныя рамки зависимости отъ закона.

„Это совершенное обособленіе государства и народа, законнаго и обычнаго права—говоритъ Kelsen— есть продуктъ историко-генетическаго изученія процесса возникновенія права. Оно результатъ вопроса: „Какъ возникаетъ право?“ Между тѣмъ проблема возникновенія, созданія права — мета-юридической природы. Юридически даже не спрашивается: „Кто создаетъ право?“ или наоборотъ: „Какъ гибнетъ право (въ объективномъ смыслѣ)?“ Отвѣтъ на первый вопросъ не гласитъ: государство или общество; но

---

[1]) Ibidem.

всегда и только: общество. Правовѣдѣніе можетъ отвѣчать только на вопросъ: „Кто носитель права, субъектъ правопорядка?“ И постоянный отвѣтъ на это: государство... Справедливо предположеніе той фикціи, что все право, даже возникшее путемъ обычая, поскольку оно право должно быть волей государства, ибо все право, должно быть примѣняемо государствомъ resp. его органами. Съ принципомъ государственнаго суверенитета несовмѣстимо, чтобы органъ государства выражалъ иную волю, чѣмъ волю государства“.[1]) Такая постановка вопроса представляется совершенно правильной, ибо догматикъ, руководствуясь ею, способенъ охватить все дѣйствующее право, а не ограничивать его путемъ предвзятой и съ формально — юридической т. зр. неправильной предпосылки созданія права государствомъ. И тѣмъ болѣе непонятно и странно, что тотъ же Kelsen, на той же и слѣдующей страницѣ въ явное противорѣчіе себѣ ограничиваетъ компетенцію обычнаго права и совершенно исключаетъ т. н. конвенціональныя правила или конституціонныя соглашенія.

Не трудно, впрочемъ, убѣдиться, что здѣсь нѣтъ никакого противорѣчія у Kelsen'а. Для этого надо только разсмотрѣть, что такое воля государства и на какихъ посылкахъ покоится это понятіе. Kelsen „конструируетъ“ для этики и юриспруденціи особое, юридическое понятіе воли. Сущность этого понятія сводится къ тому, что воля въ юридическомъ смыслѣ тождественна съ понятіемъ совокупнаго единства: индивидъ, субъектъ. Отсюда онъ дѣлаетъ выводъ, что волеспособность и способность быть субъектомъ правового вмѣненія—одно и то же. „Мыслимая въ

[1]) H. Kelsen. Hauptprobleme, SS. 100—101.

человѣкѣ, функціонирующая какъ конечный пунктъ вмѣненія, конструкція и есть то, что въ терминологіи этики и юриспруденціи называется „волею". [1]) Если мы войдемъ въ нормативный потокъ вмѣненія въ сферѣ государственныхъ актовъ, то мы увидимъ тамъ, что дѣйствія опредѣленныхъ физическихъ лицъ разсматриваются не какъ *ихъ дѣйствія, но какъ дѣйствія органовъ государства*. Здѣсь, слѣдовательно, мы имѣемъ дѣло съ своеобразнымъ процессомъ вмѣненія, приписыванія дѣйствій однихъ лицъ другимъ или правильнѣе другому, такъ какъ въ конечномъ итогѣ мы найдемъ пунктъ, въ которомъ берутъ начало всѣ дѣйствія, скрещиваются всѣ процессы вмѣненія. Этотъ конечный пунктъ и есть *воля государства*. [2]).

Чрезвычайно затруднительно понять эту схоластическую игру понятій. Чтобы хоть немного расшифровать ее, надо было бы передать все предыдущее содержаніе книги, что очевидно невозможно. Остановимся поэтому на центральныхъ положеніяхъ. Авторъ прежде всего утверждаетъ, что онъ принужденъ принять дуалистическое міросозерцаніе, принять бытіе и долженствованіе, какъ категоріи абсолютно различныя. Норма принадлежитъ къ міру долженствованія. Ея деонтологической природой опредѣляется и характеръ нормативной науки. Она не объясняетъ, не принадлежитъ къ циклу экспликативныхъ или каузальныхъ наукъ, но имѣетъ своеобразный характеръ постиженія міра должнаго. Послѣднее положеніе Келсенъ съ настойчивостью и безпрестанностью мо-

---

[1]) Ibidem, S. 145.
[2]) Ibidem, S. 109—187.

нометра повторяетъ съ цѣлью выдѣлить изъ него исторію, политику, психологію, соціологію и пр. экспликативныя науки. Совершивъ логично и послѣдовательно этотъ трудный путь выдѣленія, онъ, наконецъ, приходитъ къ положенію, что задача нормативнаго познанія сводится къ установленію долженствованія въ каждомъ конкретномъ случаѣ и къ оцѣнкѣ явленія съ точки зрѣнія должнаго.

Все это, какъ мы видѣли, не говоритъ ничего новаго, представляется совершенно правильнымъ и соотвѣтствуетъ старымъ методологическимъ традиціямъ догматиковъ. Вопросъ какъ разъ заключается въ опредѣленіи источниковъ нормъ, служащихъ объектомъ нашего постиженія, ихъ границъ и предѣловъ, и здѣсь то Kelsen, вопреки самымъ убѣдительнымъ увѣреніямъ, что онъ отказывается юридически конструировать возникновеніе права и, слѣдовательно, принять генетическое опредѣленіе права государственной теоріи, — принимаетъ ее. Онъ отправляется въ небольшой историческій экскурсъ, цѣль котораго убѣдить читателя, что смѣшеніе фактическаго съ должнымъ возможно въ этикѣ и грамматикѣ, гдѣ нормы автономны и субъективны. Совершенно иное дѣло въ правовѣдѣніи. Исторически право изъ субъективнаго психологическаго переживанія, путемъ процесса объективаціи, обособилось и превратилось въ гетерономную норму, стоящую надъ людьми и временемъ, не нуждающуюся ни въ ихъ признаніи, ни въ реализаціи цѣли, для которой она издана. Такова природа этой нормы — абсолюта. Она, какъ фетишъ дикаря, есть проэкція человѣческой психики, но проэкція, превратившаяся въ могучее существо, подчинившее своей абсолютной воли самаго фетишиста.

Сперва этотъ процессъ объективаци принимаетъ форму обычнаго права, которое еще можетъ быть смѣшиваемо съ нравственнымъ закономъ и др. психическими переживаніями, т. е. съ фактами, и затруднить работу догматика. Но вотъ, наконецъ, установленіе права является актомъ законодательной власти, которая, облекая нормы въ письменные знаки, не только до крайности облегчаетъ трудъ собиранія нормъ, но и даетъ догматику твердый формальный критерій для распознанія правовыхъ нормъ. Вотъ здѣсь то Kelsen и даетъ своему догматику твердый принципъ нормативнаго метода: „Не принимать во вниманіе правомѣрное поведеніе людей, но исключительно объективную норму, т. е. только—и ничего больше—спрашивать себя, какъ люди должны правомѣрно вести себя; при этомъ необходимо держаться исключительно позитивнаго права, закона, и довольствоваться . . . извѣстнымъ, чисто формальнымъ критеріемъ. Точка зрѣнія судьи есть въ то же время и т. зр. юриста-теоретика законнаго права“ [1]).

Теперь намъ ясенъ тотъ грандіозный кругъ; въ которомъ вращается Kelsen. „Носитель“ права—государство мало чѣмъ отличается отъ „создателя“ права—государства генетической т. зр. въ государственной теоріи права. Непостижимый ,,пунктъ вмѣненія“—воля государства есть традиціонная воля законодателя. ,,Процессы приписыванія“ есть попросту законъ въ своихъ отдѣльныхъ правоположеніяхъ. Вся теорія Kelsen'а представляется переводомъ старой государственной теоріи на нарочито ,,конструированный“ языкъ схоластической метафизики.

---

[1]) Ibidem, S. 42.

Если попытка Kelsen'а дать діагностическое опредѣленіе права не увѣнчалось успѣхомъ, тѣмъ не менѣе уже до него Еллинекъ ставитъ проблему на правильный путь и для практическихъ задачъ догматика, призваннаго служить юридическимъ запросамъ жизни, даетъ правильный діагностическій признакъ права. Правильнымъ надо признать его именно потому, что, собранные при его посредствѣ и научно-систематизированные нормы, всегда дадутъ намъ вѣрный снимокъ юридическихъ отношеній, а слѣдовательно и выведутъ догматика изъ тупика, который предопредѣлила ей теорія принужденія соединенная съ госуд. теоріей права.

„Необходимымъ признакомъ всякаго права—говоритъ Еллинекъ [1])—является то, что оно есть право *дѣйствующее.* Правоположеніе только тогда представляетъ составную часть правопорядка, когда оно дѣйствуетъ; право, уже не дѣйствующее или долженствующее еще превратиться въ дѣйствующее, не есть право въ истинномъ значеніи этого слова. Норма дѣйствуетъ, если она обладаетъ способностью влiять въ качествѣ мотива, опредѣляетъ волю. Конечнымъ же источникомъ этой способности служитъ убѣжденіе въ томъ, что мы обязаны слѣдовать этой нормѣ". Два примѣчанія къ этому положенію даютъ дальнѣйшія существенныя поясненія. Въ одномъ изъ нихъ Еллинекъ указываетъ на обобществленный характеръ этихъ нормъ и на независимость „чувства связанности данной нормой" отъ „усмотрѣнія индивида", на то, что норма „непререкаемо дѣйствительна и для того, кто ей противится"; [2]) въ другомъ онъ указываетъ на

---

[1]) Еллинекъ. Общее уч. о госуд., стр. 218.
[2]) Еллинекъ, op. cit., стр. 218, прим. 1.

массово-психологическій характеръ признанія нормы [1]). Если присоединить къ этому еще то, что для Еллинека нѣтъ сомнѣній въ томъ, что конкретными носителями государственной власти являются люди, и что только дѣятельность органовъ государства и есть дѣятельность государства, органами же его являются также люди [2]),—то мы можемъ притти къ выводу, что Еллинекъ даетъ понятіе права въ выше приведенномъ діагностическомъ смыслѣ. Къ сожалѣнію и этотъ выдающійся юристъ только прозрѣлъ сущность права, но не сдѣлалъ надлежащихъ выводовъ. Тщательно отмѣчая, что все это относится лишь къ соціальному ученію о государствѣ и не касается юридическаго, онъ тѣмъ самымъ впалъ въ противорѣчіе со своимъ же принципомъ взаимодѣйствія между обѣими дисциплинами;—хотя это обособленіе и не помѣшало ему признать дерогирующую силу обычнаго права [3]), но повело къ полному замолчанію значенія конституціонныхъ соглашеній для догмы конституціоннаго права [4]). И въ своемъ послѣдующемъ трудѣ онъ указываетъ на политическій характеръ своего изслѣдованія, не рѣшаясь сказать, что оно имѣетъ чрезвычайное значеніе для специфическихъ задачъ юриста. Правда здѣсь онъ признаетъ за конституціонными соглашеніями характеръ „уступчиваго права" [5]), указываетъ на то, что „формализмъ государственнаго права не можетъ его объяснить, но онъ часто не въ состояніи

---

[1]) Ibidem, стр. 218, прим. 2.
[2]) Ibidem, стр. 238 и сл.
[3]) Ibidem, стр. 220.
[4]) См. С. Живаго, op. cit., кн. X, стр. 91—авторъ рѣшительно провозгласившій требованіе расширенія источниковъ конституціоннаго права.
[5]) Еллинекъ. Конституціи, стр. 36.

обойтись безъ него“ [1]), но все же онъ не говоритъ прямо, что конституціонныя соглашенія есть тоже право и, какъ таковое, служитъ источникомъ для практика и теоретика.

Г. о. первымъ діагностическимъ признакомъ положительн. права Еллинекъ считаетъ его дѣйственность, подъ которой онъ разумѣетъ массово-психологическое убѣжденіе въ его общеобязательности для частныхъ лицъ и органовъ государства. „Положительность права—говоритъ онъ —въ конечномъ результатѣ основана . . . на убѣжденіи въ томъ, что это есть право дѣйствующее“[2]). Онъ даже указываетъ, какъ филогенетически родилось представленіе объ объективномъ правѣ, о нормѣ, какъ проэкціяхъ субъективнаго переживанія... „Психо-этическое свойство сознавать связанность воли нормами безъ сомнѣнія уже въ примитивныхъ обществахъ имѣетъ не только пассивное, но и активное значеніе, т. е. оно порождаетъ представленіе о нормахъ, несомнѣнность которыхъ кажется первобытному мышленію настолько самоочевидной, что исканіе какого бы то ни было источника нормы внѣ психики того лица, которое считаетъ себя управомоченнымъ или обязаннымъ, представляется излишнимъ, или же этотъ источникъ дѣлается объектомъ метафизической и телеологической спекуляціи“ [3]). Такимъ образомъ рождается представленіе объ „естественномъ объективномъ правѣ“. Къ этому можно добавить, что массово — психологическая проэкція установленія нормъ на Божество, разумъ, природу, „повальный обычай“, монарха и т. п. позитивируетъ это естественное объективное право.

---

1) Ibidem, стр. 38.
2) Еллинекъ, Общ. уч. о госуд., стр. 218.
3) Ibidem, стр. 231.

Но Еллинекъ, какъ поистинѣ мостъ перелома научной мысли въ юриспруденціи, *не могъ ограничиться только этимъ признакомъ*. Онъ хотя и склоненъ считать, что традиціонная цивилистическая [1]) теорія принужденія „оказывается теперь уже въ чисто оборонительномъ—и притомъ въ довольно безнадежномъ положеніи" [2]), но какъ мостъ, какъ звено, связывающее два обширныхъ теченія, онъ пытается вспрыснуть безнадежно больному камфору, дабы оживить его. Этотъ источникъ жизни онъ находитъ въ замѣнѣ принужденія, *гарантіей психологическаго воздѣйствій нормы на индивида, въ чемъ онъ и видитъ второй признакъ положительнаго права*. „Гарантировано же право въ томъ случаѣ, если способность велѣній его дѣйствовать въ качествѣ мотивовъ настолько подкрѣпляется соціально-психическими силами—говоритъ онъ,—что можно ожидать, что и вопреки противодѣйствующимъ индивидуальнымъ мотивамъ норма сумѣетъ проложить себѣ путь въ качествѣ стимула поведенія. [3]) Въ числѣ гарантій пуб-

[1]) Цивилистической я склоненъ ее называть потому, что выработали ее цивилисты оперируя съ гражданскимъ правомъ и его защитой. Самъ Іерингъ безсознательно геніально указываетъ ея судебное происхожденіе. „Если критерій права – говоритъ онъ—заключается въ принужденіи, то, примѣняя такой выводъ къ упомянутому отношенію (заповѣди церкви и ихъ соблюденіе), можно сказать: либо соблюденіе означенныхъ нормъ можетъ быть вынуждаемо судьею и въ такомъ случаѣ сила и значеніе ихъ основы на законѣ, либо онѣ не подлежатъ судебному обсужденію и въ такомъ случаѣ фактъ добровольнаго исполненія ихъ не можетъ придавать имъ характера правовыхъ нормъ, ибо характеръ правовой нормы опредѣляется исключительно тѣмъ, что судья по такой нормѣ jus dicit и долженъ осуществлять ее, не смотря на сопротивленіе, посредствомъ принужденія". Іерингъ, op. cit., стр. 239—240.

[2]) Ibidem, стр. 219, прим. I.

[3]) Еллинекъ. Общее уч. о госуд., стр. 219.

личнаго права въ послѣдней главѣ своего капитальнаго труда онъ помимо юридической находитъ еще соціальныя и политическія [1]).

Не трудно впрочемъ видѣть, что второй признакъ совершенно избыточенъ и входитъ какъ часть въ понятіе дѣйственности. Вѣдь Еллинекъ говоря объ этомъ признакѣ самъ подчеркиваетъ, что онъ не разумѣетъ „субъективнаго усмотрѣнія", произвола, но массовое, среднетипическое убѣжденіе въ обязательности нормы, даже если отдѣльный индивидъ и нарушаетъ ее. Если бы Еллинекъ, совершивъ крутой переломъ въ государствовѣдѣніи и ставъ на психологическій путь познанія правовыхъ явленій, искалъ въ послѣднихъ не діагностическій признакъ положительнаго права, необходимый догматику, но *изслѣдовалъ бы сущность самого правового переживанія,* теоретически изучилъ бы его и, выяснивъ его свойства и элементы, далъ намъ аналитическое опредѣленіе права, то для него стало бы ясно, что въ самомъ правовомъ переживаніи коренятся уже гарантіи его дѣйственности, ибо природа этого переживанія не только императивна, но и аттрибутивна, дѣйствія не только обязываются, но и притязаются, вынуждаются.

Послѣдній недостатокъ и привелъ Еллинека къ тому, что онъ, будучи въ теченіе всей своей научной дѣятельности на стражѣ научныхъ достиженій, чувствуя біеніе научной мысли всегда послѣдняго момента, все же *не въ силахъ былъ ясно сознать въ чемъ состоитъ центральный пунктъ того явленія*, которое, съ легкой руки Деляндра, *получило названіе кризиса юридическаго метода.* Правильно поставивъ проблему положительнаго права, онъ не пошелъ

---

[1]) Ibidem, стр. 527—532.

дальше внѣшняго діагностическаго признака, а поэтому и не сдѣлалъ для догматики конституціоннаго права надлежащихъ выводовъ, въ частности, не указалъ, что понятіе положительнаго права, какъ права дѣйствующаго, расширяетъ публицисту источники права далеко за предѣлы традиціонныхъ рамокъ закона и обычая, а слѣдовательно и ведетъ къ пересмотру общетеоретическихъ началъ правовѣдѣнія.

Изъ предыдущихъ строкъ было видно, что какъ ни былъ близокъ Еллинекъ къ осознанію спеціальныхъ причинъ кризиса догматики государственнаго права и указанію вмѣстѣ съ тѣмъ путей выхода изъ него,—онъ все же не подошелъ вплотную или же не рѣшился сдѣлать этотъ шагъ. И съ этой стороны его можно назвать ученымъ, стоящимъ еще по ту сторону кризиса или, правильнѣе, на его рубежѣ.

У К. Н. Соколова, изслѣдовавшаго развитіе парламентаризма и сдѣлавшаго опытъ его юридической теоріи, мы находимъ уже правильную постановку проблемы и четкую ея формулировку. Онъ находитъ нужнымъ указать причину скептическаго отношенія къ „государствовѣдѣнію“ [1]) (правильнѣе къ догмѣ госуд. права). „Современное государствовѣдѣніе—говоритъ онъ—все еще въ значительной мѣрѣ поражено „государственнымъ“ пониманіемъ права... „Государственное“ пониманіе права суживаетъ теоретическія перспективы современнаго государствовѣдѣнія, принимаетъ его формальныя конструкціи и обезпложиваетъ политическіе выводы. На широкую дорогу дѣйствительно научнаго познанія и истолкованія всей совокупности государственно-правовыхъ явле-

[1]) К. Н. Соколовъ. Парламентаризмъ. Опытъ правовой теоріи парламентарнаго строя. Спб., 1912 г., стр. 408.

ній современное государствовѣдѣніе можетъ выйти только отказавшись отъ государственнаго ученія о правѣ въ пользу правового ученія о государствѣ" [1]). Послѣдняя фраза есть, конечно, игра словами, серьезное отношеніе къ которой могло бы повести къ цѣлому ряду недоразумѣній, какъ, напр., признаніе, что юридическая школа не давала юридическаго ученія о государствѣ. Поэтому надо полагать, что К. Н. Соколовъ разумѣетъ подъ правовымъ ученіемъ о правѣ ту теорію, которой онъ самъ слѣдуетъ и которая дала ему возможность и правильно поставить проблему „скепсиса" и правильно разрѣшить ее по отношенію къ юридической теоріи парламентаризма. Эта теорія есть психологическая теорія права Л. І. Петражицкаго. И очень, конечно, жаль, что авторъ, подойдя, хотя бы и въ спеціальной монографіи, къ столь важному для всякаго государствовѣда вопросу, какъ кризисъ его науки, ограничился только упомянутой фразой. Второго упрека заслуживаетъ г. Соколовъ за то, что онъ поставилъ въ слишкомъ узкія рамки тѣ руководящія начала, которыя онъ заимствовалъ у психологической теоріи. Впрочемъ, эти два упрека вполнѣ погашаются тѣмъ фактомъ, что авторъ правильно осозналъ причины кризиса догматики госуд. права и рѣшился указать правильный выходъ изъ него, какъ ни разрушителенъ онъ для господствующихъ теорій права. Несомнѣнно принятію этихъ общихъ руководящихъ началъ способствовало изученіе г. Соколовымъ парламентаризма—явленія, юридическій характеръ котораго германская школа склонна энергично отрицать.

---

[1]) Ibidem, стр. 409.

Чтобы доказать столь общее значеніе за тезисами Л. І. Петражицкаго для догмы государственнаго права, прослѣдимъ этапы развитія мысли *К. Н. Соколова.*

Нормы права для него, какъ и для психологической теоріи права,—„это нормы, порождающія двусторонния отношенія, это правила, которыя повелѣвая одному субъекту извѣстное поведеніе, въ то же время закрѣпляетъ за другимъ субъектомъ право соотвѣтствующаго поведенія требовать“. [1]) Конечно, эти нормы есть лишь проэкція императивно—аттрибутивныхъ психическихъ переживаній. Изъ этого центральнаго положенія—понятія права—непосредственно вытекаетъ опредѣленіе *положительнаго конституціоннаго права...* „Нормами конституціоннаго права, въ собственномъ смыслѣ слова, окажутся двухстороннія правила, которыя нормируютъ дѣятельность органовъ государства, распредѣляя между ними и всѣми прочими участниками государственно-правовыхъ отношеній, вмѣстѣ съ извѣстными обязанностями, соотвѣтствующія правомочія“. [2]).

Остается только опредѣлить *источники этого права.* К. Н. Соколовъ указываетъ на то, что они нигдѣ не выражены въ „офиціальныхъ юридическихъ текстахъ“ и что поэтому ихъ нахожденіе требуетъ „спеціальнаго анализа тѣхъ многообразныхъ парламентскихъ и правительственныхъ манифестацій, резолюцій, декларацій, адресовъ, посланій, рѣчей, изъ которыхъ была выше извлечена общеобязательная конституціонная схема парламентаризма“ [3]). И далѣе онъ устанавливаетъ критерій парламентарной нормы по-

---

[1]) К. Н. Соколовъ, op. cit., стр. 395.
[2]) Ibidem, стр. 396—397.
[3]) Ibidem, стр. 397.

ложительнаго права. Сущность этого критерія сводится къ тому, что нормами парламентаризма являются тѣ нормы, которыя вызываютъ у главы государства, парламента и населенія императивно-аттрибутивныя переживанія, причемъ наблюдается совпаденіе у нихъ содержанія этихъ переживаній [1]).

Не трудно видѣть узость этого опредѣленія. Понимаемое не только для парламентарнаго режима, но вообще для современнаго государства, оно должно всецѣло совпасть съ критеріемъ Еллинека, какъ массово-психологическимъ убѣжденіемъ въ томъ, что данная норма должна дѣйствовать. Сходство это тѣмъ болѣе приближается къ тождеству что для Еллинека переживаніе права тоже характеризуется, какъ мы видѣли, чувствомъ *связанности* субъекта, переживающаго норму; какъ для Еллинека убѣжденіе въ дѣйственности права не зависитъ отъ субъективнаго усмотрѣнія, такъ и у г. Соколова оно общеобязательно; какъ Еллинекъ указываетъ на превращеніе „фактическаго" въ „нормативное" и обратно, а также на позитивацію „естественнаго права", такъ и для Соколова „никакая норма права не можетъ претендовать на безсмертіе и неприкосновенность, и всякая норма публичнаго и частнаго права можетъ быть отмѣнена или измѣнена дальнѣйшимъ развитіемъ общественнаго правосознанія или нарожденіемъ новыхъ обычноправовыхъ нормъ" [2]). Относительно частнаго права, впрочемъ, г. Соколовъ дѣлаетъ совершенно правильную оговорку, что наличность суда здѣсь тормозитъ даже образованіе обычая, чего нѣтъ у большинства нормъ конституціоннаго права.

---

[1]) Ibidem.
[2]) Соколовъ, op. cit., стр. 407.

Но это сходство обѣихъ доктринъ рѣзко порывается. Еллинекъ включилъ воспроизведенные здѣсь взгляды лишь въ соціальное ученіе, между тѣмъ, какъ Соколовъ и Штейнбергъ сдѣлали ихъ фундаментомъ юридическаго. При чемъ первый пришелъ къ этому лишь черезъ посредство психологической теоріи права и лишь для парламентаризма, второй же взгляды Еллинека положилъ въ основаніе вообще догматики государственнаго права. [1]).

Я думаю, что для всякаго, непредубѣжденнаго противъ психологической теоріи права, станетъ очевиднымъ послѣ связнаго воспроизведенія принципіальныхъ посылокъ К. Н. Соколова, что ихъ общій характеръ позволяетъ имъ стать теоретическимъ фундаментомъ вообще догмы государственнаго права въ тѣсномъ смыслѣ. Да и самъ г, Соколовъ, я полагаю, лишь изъ научной осторожности и спеціальнаго характера темы формулировалъ столь узко свои положенія.

Однако и научная осторожность позволяетъ намъ расширить значеніе указанныхъ положеній теоріи Л. І. Петражицкаго. Внимательно присматриваясь къ причинѣ такой осторожности у К. Н. Соколова, не трудно замѣтить, что ихъ двѣ: ограниченіе значенія конвенціональныхъ правилъ лишь парламентарнымъ режимомъ и отсутствіе при этомъ режимѣ суда или другого органа, призваннаго охранять норму закона. Что касается второго, то такого органа, какъ извѣстно, вообще не существуетъ и, я полагаю, не можетъ существовать въ отношеніяхъ верховныхъ органовъ государства; что же касается перваго, то изъ сказаннаго о преобразованіяхъ конституціи и о массовыхъ

[1]) Штейнбергъ, op. cit., стр. 109—115.

наблюденіяхъ въ этой области, можно считать доказаннымъ, что конституціонныя соглашенія образуются и въ дуалистическомъ и въ парламентарномъ государствѣ, не говоря уже о непосредственномъ правленіи. Но разъ эти двѣ причины научной щепетильности отпадаютъ, то мы вправѣ сдѣлать выводъ: *принципіальныя посылки догматики конституціоннаго права* не могутъ *покоиться ни на теоріи принужденія, ни на государственной теоріи права. Единственной удовлетворительной и научно обоснованной теоріей, способной дать эти посылки, является психологическая теорія права.*

Это прямой выводъ изъ всего предыдущаго изложенія. Обѣ господствующія теоріи права не только не въ состояніи расширить источники права до размѣровъ, которыя сообщили бы догмѣ конституціоннаго права политическую правдивость и сдѣлали бы ее догмой дѣйствующаго конституціоннаго права, но и не могутъ быть приложимы вообще къ конституціонному праву, что доказываетъ приведенная теорія В. В. Ивановскаго. Если бы даже мы оставили въ сторонѣ прекрасную научную обоснованность теоріи Л. І. Петражицкаго, но т. с. только на вѣру, ввидѣ рабочей гипотезы, приняли бы его опредѣленія права, положительнаго права и его источниковъ, то, какъ показываетъ это его „Теорія", [1]) богатство источниковъ положительнаго права способно сообщить догмѣ конституціоннаго права недостающую ей жизненность, соотвѣтствіе съ дѣйствительными юридическими отношеніями.

Современная догматика конституціоннаго права, не сознавая причины своего трагическаго положенія,

---

[1]) Л. І. Петражицкій. Теорія, т. II, §§ 39—43.

безсознательно чувствуетъ его, сдѣлавъ чуть ли не общимъ лозунгомъ стремленіе къ расширенію источниковъ права. Если мы вернемся нѣсколько назадъ и вспомнимъ полемику по вопросу о правомѣрности включенія политическихъ и историческихъ элементовъ въ догму конституціоннаго права, то происхожденіе ихъ легко объяснить этимъ безсознательнымъ стремленіемъ. Ученые прекрасно сознаютъ крайній формализмъ, чрезвычайную оторванность и политическую невѣрность своихъ положеній и, не находя отдаленной причины этого явленія, стремятся рядомъ предварительныхъ практическихъ мѣръ поставить догму на надлежащую высоту. Этими мѣрами, резюмируя соотвѣтственные взгляды, они считаютъ этико-политическую провѣрку юридическихъ положеній и толкованіе ихъ согласно историческимъ тенденціямъ развитія современнаго государства, что уже Hatsehek дѣлаетъ невѣрнымъ принципомъ методологіи науки госуд. права. Мы видѣли, что и тотъ и другой элементъ *не можетъ* даже войти, какъ необходимое звено, въ догму. Лишь превращаясь тѣмъ или инымъ путемъ въ норму или нормативный фактъ, эти элементы становятся предметомъ догматической обработки и переработки и логически входятъ въ нее. Но въ послѣднемъ случаѣ вопросъ касается уже не политики или теоріи, а нормы права, источника права, догмы права.

Впрочемъ въ настоящее время сдѣланъ еще одинъ этапъ въ направленіи осознаванія причинъ кризиса и путей выхода изъ него. Если вопросы исторіи и политики лишь косвенные симптомы того, что въ теоретическихъ предпосылкахъ догматики констит. права есть какой то порокъ, то, ставшее почти всеобщимъ,

стремленіе къ расширенію источниковъ конституціоннаго права [1]) есть прямой симптомъ и мое послѣднее доказательство того, что *выходъ изъ современнаго кризиса можетъ быть найденъ лишь въ устраненіи причинъ, породившихъ его, т. е. въ устраненіи теоріи принужденія и государственной теоріи права, которыя повели къ ограниченію источниковъ дѣйствующаго права, вслѣдствіе чего догма конституціоннаго права отнюдь не была догмой дѣйствующаго констуціоннаго права.*

Если мы припомнимъ, какая тѣсная связь существуетъ между тремя соподчиненными понятіями: права, положительнаго права и его источниковъ, то мы должны будемъ признать, что всякій ударъ, наносимый одному изъ нихъ есть ударъ всѣмъ. Итакъ, какъ научная мысль, какъ и мысль всякаго человѣка въ онтогенезисѣ и человѣчества въ филогенезисѣ, идетъ отъ конкретнаго къ болѣе абстрактному, то въ этомъ мы можемъ найти объясненіе тому, отчего вначалѣ научная мысль сосредоточиваетъ свои удары на частныхъ вопросахъ, сводя ихъ къ элементамъ политики и исторіи, затѣмъ подымается къ болѣе абстрактному вопросу источниковъ права и разрѣшаетъ его вначалѣ практически, давая теоретическое оправданіе post factum.

Раньше всего вопросъ о расширеніи источниковъ возникаетъ въ Англіи. Все ученіе о Law of the Konstitution и Convention of the Constitution,

---

[1]) Упомяну здѣсь также и о т. н. „Freirechtsbewegung“, начало котораго относится къ началу XX вѣка (Эрлихъ, 1903 г.) подъ вліяніемъ вопросовъ о политикѣ права и несостоятельности традиціонной теоріи права, выдвинутый Л. І. Петражицкимъ въ Die Lehre von Einkommen, т. I 1893, т. II 1895 г.

или о политической этикѣ есть вопросъ о расширеніи источниковъ, за предѣлы цивилистическихъ схемъ господствующихъ теорій. Лоу и Дайси только подводятъ итоги. Но и во Франціи Ларнодъ въ последнее время подъ вліяніемъ движенія „школы свободнаго права", расширяетъ источники права до предѣловъ „всѣхъ проявленій юридической жизни" [1]), а Дюги признаетъ цѣнность юридической конструкціи лишь постольку, „поскольку она является синтезомъ реальныхъ фактовъ" [2]). Въ Германіи же Hatschek со времени своего изслѣдованія англійскаго государственнаго права постоянно будируетъ научную мысль въ томъ же направленіи. И если Еллинекъ въ послѣдней своей работѣ, какъ мы видѣли, склоненъ признать правовую природу за конвенціональными правилами, то Гачекъ слѣдуетъ уже своему учителю и включаетъ ихъ въ число источниковъ [3]), признавая за ними правовую природу [4]). И въ Россіи также ясно замѣтенъ процессъ расширенія источниковъ. Помимо Л. І. Петражицкаго, связавшаго этотъ вопросъ со всей своей теоріей, и К. Н. Соколова,

---

[1]) Larnaude, F., op. cit., p. 21: „Cette méthode composée à la fois d'induction et de deduction, consist essentielement a rechercher dans le constitution, dans les codes, dans les lois, et aussi dans les decisions judiciaires, et encore dans la pratique, qui soit si bien créer ce que j'appellerais volontieres *le droit a côtè,* en un mot, dans toutes les manifestations de la vie juridique, dans toutes les phènomènes juridiques, les regles essentielles que toutes ces manifestations supposent, ce que nous aimons, nous juristes, appeller des principes".

[2]) L. Duguit. Traitè de droit constitutionel, t. I, p. 47. Paris, 1911.

[3]) См. напр. Hatschek, op. cit., § 2; его-же Konventionalnregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung in öffent. Rechte „Archiv für öffentl. Rechts der Gegenwart", B. III, 1909, S. 1 u. ff.

[4]) Hatschek. Konventionalnregeln, S. 5.

слѣдующаго ему, а также А. З. Штейнберга, руководящагося ученіемъ Еллинека о дѣйствующемъ правѣ,—Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ [1]) уже нѣсколько лѣтъ защищаетъ „общественное провозглашеніе", какъ источникъ права.

Послѣдній авторъ для насъ особенно интересенъ. И онъ, какъ и г. Соколовъ считаетъ, что „безсиліе господствующаго направленія дать удовлетворительную конструкцію фактамъ государственной жизни" лежитъ „не въ ошибочности метода . . . а въ ошибочности его исходнаго пункта, его основной предпосылки" [2]), коей онъ считаетъ государственную теорію права. Она ведетъ ученыхъ къ „схоластическому упражненію кабинетнаго педантизма, игнорирующаго дѣйствительную жизнь". Сознаніе теоретической несостоятельности этой теоріи и привело автора къ признанію третьей формы правообразованія—„общественнаго провозглашенія". „Для созданія положительнаго права этимъ путемъ—говоритъ авторъ—требуется: 1), чтобы извѣстная норма была *провозглашена* въ качествѣ общеобязательной лицомъ или лицами, имѣющими въ глазахъ общества извѣстный авторитетъ; 2), чтобы провозглашенная норма соотвѣтствовала назрѣвшему въ обществѣ и стремящемуся ко внѣшнему выраженію правосознанію и поэтому была бы *санкціонирована* признаніемъ, если не всѣхъ членовъ даннаго общежитія, то подавляющимъ большинствомъ тѣхъ изъ нихъ, которые въ той или иной формѣ

---

[1]) Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ. Лекціи по общему госуд. праву. М. 1908 г. См. также Живаго, С. И., op. cit., который, насколько мнѣ извѣстно, первымъ поставилъ эту проблему.

[2]) Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ. Юридическая природа манифеста 17-го октября, — „Юридическій Вѣстникъ", т. III, стр. 36, Москва, 1913 г.

выразили свое отношеніе къ ней"[1]). Какъ видно, авторъ принципіально стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, которую я позволилъ себѣ защищать въ этомъ очеркѣ.

Расширяющееся научное движеніе въ пользу пересмотра ученія объ источникахъ права служитъ для меня вѣрнѣйшимъ симптомомъ того, что и вопросъ о теоретическихъ предпосылкахъ стоитъ на ближайшей очереди. Единственной теоріей, которая въ состояніи возвратить научно-практическое значеніе догмѣ конституціоннаго права и вывести ее изъ сферы „глубочайшихъ сомнѣній" и кризиса представляется мнѣ психологическая теорія права. Теорія солидарности, выдвинутая французскими авторами и въ особенности Duguit, этого назначенія выполнить не можетъ. Подробное обоснованіе этого моего убѣжденія выходитъ за предѣлы данной работы. Но психологической торіи права не достаетъ одного: дать этико-юридическое оправданіе равноцѣнности общественнаго-правосознанія, какъ нормативнаго факта, закону. Это научная задача ближайшаго будущаго!

Попытаемся теперь подвести итоги нашему очерку.

Ф. В. Тарановскій въ своихъ изслѣдованіяхъ по исторіи догматики государственнаго права желаетъ установить причинную зависимость между догмой государственнаго права и судебнымъ разбирательствомъ публично-правовыхъ конфликтовъ. Однако, фактъ существованія догмы при конституціонномъ строѣ, несмотря на отсутствіе при этомъ строѣ судовъ для большинства публично-правовыхъ конфликтовъ, ограничиваетъ значеніе гипотезы Ф. В. Тарановскаго. Судебное разбирательство пріобрѣтаетъ значеніе не

[1]) Ibidem, стр. 50.

причины, а лишь благопріятствующаго условія. Причиной же появленія и существованія догмы надо признать общественное убѣжденіе въ связанности субъектовъ политическихъ отношеній правомъ или, какъ выражается Ф. В. Тарановскій, юридизацію политическихъ отношеній. При феодально-федеративномъ и сословно-земскомъ строѣ таковыми субъектами признавались сеньеры и сословія, раціоналистическая же философія провозглашаетъ каждаго человѣка-гражданиномъ и все государство-договорнымъ единствомъ субъектовъ публичнаго права. Индивидуальные договоры феодальнаго строя она превращаетъ въ абстрактный договоръ всѣхъ гражданъ, устанавливая права и обязанности не только для гражданъ-управляемыхъ, но и для гражданъ-правителей. Т. О. политическую доктрину этой школы можно разсматривать, какъ единую догму публичнаго *„естественнаго“* права. Но какъ скоро принципы естественнаго права приняли форму государственнаго закона, можно было ожидать уже появленія догмы *положительнаго* государственнаго права.

Франція со времени Великой Революціи до органическихъ законовъ 1875 г. не давала для этого благопріятныхъ политическихъ условій. Иначе сложились эти условія въ Германіи. Неудивительно, что ей и принадлежитъ честь возрожденія догматики государственнаго права.

Устанавливая идейное преемство принциповъ школы естественнаго права въ юридической школѣ и даже допуская методологическое сходство юридической конструкціи государства съ ученіемъ о государствѣ школы естественнаго права, мы рѣшительно отвергаемъ не только „тождество“, но даже к.-я. сходство метода догматики положительнаго права съ раціоналистическимъ методомъ.

Пріемы догматической разработки положительнаго государственнаго права по существу ничѣмъ не отличаются отъ догматизаціи иныхъ правовыхъ институтовъ. Однако, въ то время какъ въ частномъ, напр., правѣ и рѣчи нѣтъ о кризисѣ догматики,-въ конституціонномъ правѣ возможность ея подвергается рѣшительному сомнѣнію вплоть до полнаго отрицанія юридическаго метода. Причинами такого состоянія догмы конституціоннаго права нельзя признать ни некритическое перенесеніе категорій частнаго права въ публичное, ни якобы вѣру догматиковъ германской школы во внутреннее совершенство конституціонныхъ нормъ, ни якобы притязанія ихъ на самодостаточность догмы, какъ дисциплины изучающей государство, ни наконецъ, допускаемое позднѣйшими авторами, соединеніе догмы съ историческими и политическими изысканіями.

Причины кризиса надо искать не въ формальныхъ погрѣшностяхъ догматическаго метода, а въ объектѣ догматизаціи, въ воззрѣніяхъ на право и его источники. Господствующее мнѣніе видитъ въ правѣ нормы, исходящія отъ государственной власти, исполненіе которыхъ обезпечено средствами государственнаго принужденія. А такъ какъ понятія права, источниковъ права и догмы права логически соподчинены, то подобное воззрѣніе на право необходимо влечетъ за собой искусственное ограниченіе источниковъ конституціоннаго права, а слѣдовательно, и догма его перестаетъ быть догмой дѣйствующаго права, утрачиваетъ свою политическую правдивость. Эта утрата политической правдивости есть характернѣйшая черта современной догмы конституціоннаго права, въ этомъ состоитъ вся суть ея кризиса. Въ жертву тео-

роретически несостоятельному, практически негодному ученію о правѣ догматиками германской школы принесена научная истинность, политическая правдивость.

То, что подобное явленіе наблюдается лишь въ догмѣ конституціоннаго права но отсутствуетъ, или правильнѣе, крайне ослаблено въ догматикѣ другихъ отраслей права, объясняется наличностью тамъ судовъ, пользующихся, фиксированными государственной властью и контролируемыми высшими инстанціями, источниками права. Даже болѣе того, анализъ государственно-принудительной теоріи права приводитъ къ несомнѣнному убѣжденію въ ея судебно-административномъ происхожденіи и ея относительной пригодности для догматизаціи тѣхъ отраслей права, гдѣ есть судъ и есть его средства принужденія: наказаніе, взысканіе, отмѣна постановленія. Нормы конституціоннаго права въ большинствѣ своемъ лишены санкціи, а поэтому для нихъ государственно-принудительная теорія даже практически непригодна.

Очевидно, что разрѣшить этотъ кризисъ и возвратить догмѣ конституціоннаго права ея жизненность и правдивость можетъ лишь такое ученіе о правѣ, которое могло бы вмѣстить въ себя какъ нормы съ санкціей, такъ и безъ санкціи, которое въ среду традиціонныхъ источниковъ положительнаго права ввело бы, какъ равноправные члены, прецедентъ, т. н. конвенціональныя правила и пр. Такой теоріей въ настоящее время является только психологическая теорія права.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ:

					Напечатано.	Надо.
На	21 стр.,	9	строка	снизу	grundgedanken	Grundgedanken
„	38 „	18	„	сверху	созданія,	созданія
„	41 „	16	„	„	вещей,	вещей
„	45 „	5	„	снизу	Vorvort	Vorwort

распоряж. **по 15 января 914 г.** и снабженное образцовыми уставами кредитныхъ и ссудосберегательныхъ т-въ съ разъясненіями, образцовыми и другими уставами учр. мелк. кр., какъ новой формаціи, такъ и стараго сословнаго типа, уставами кооперативныхъ банковъ, формами отчетности и алфавитнымъ предметнымъ и другими указателями изд. 914 г. 3 р. 50 к. въ пер. 4 р. 25 к.

Законъ о порядкѣ сношеній суда съ тяжущимися черезъ почту съ инструкціей 910 г. 30 к.

Законъ о преобразованіи мѣстнаго суда 912 г. 50 к.

Законы: 1) О расширеніи правъ наслѣдов. по зак. лицъ женскаго пола и права завѣщ. родов. имѣній. 2) Объ испыт. лицъ женск. пола въ знаніи курса высш. учебн. завед. и о порядкѣ пріобр. ими учен. степени и званіи учительн. средн. учебн. завед. 912 г. 20 к.

Мартыновъ Н. Образцы и формы дѣлов. бумагъ, письма, прошенія и коммерческая корреспонденція. Изд. 4-ое испр. и дополн. 910 г. 1 р.

Онъ-же. Положеніе о нотар. части. Съ законодат. мотивами, узакон., циркул. и рѣшен. Прав. Сената и образцами актовъ и засвидѣтельств. Изд. 7-ое испр. и дополн. 913 г. 3 р.

Онъ-же. Урочное Положеніе для строительныхъ работъ. Изд. 7-е, 914 г. 1 р. 50 к. въ пер. 2 р.

Фонъ-Резонъ А. Кассаціонная практика по дѣламъ объ акцизныхъ нарушеніяхъ изд. 2-ое 914 г. Ц. 2 р.

Шрамченко М. Уставъ строительный съ разъясненіями. Изд. 10, 914 г. печатается.

Цѣна 85 коп.

Типографія „Правда", Разъѣзжая 16-18.

